

МЕЖДУНАРОДНАЯ АССОЦИАЦИЯ СОДЕЙСТВИЯ ПРАВОСУДИЮ
(WWW.IUAJ.NET)

УГОЛОВНАЯ ЮСТИЦИЯ: СВЯЗЬ ВРЕМЕН

Избранные материалы международной научной конференции
Санкт-Петербург, 6–8 октября 2010 г.

Уголовная юстиция: связь времен. Избранные материалы международной научной конференции. Санкт-Петербург, 6–8 октября 2010 года / Сост. А. В. Смирнов, К. Б. Калининский. М.: ЗАО «Акцион-Медиа», 2012. 140 с.

Настоящее издание осуществлено при организационной поддержке Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации и Адвокатской палаты города Москвы

В сборнике представлены избранные доклады и сообщения участников международной научной конференции «Уголовная юстиция: связь времен», организованной Международной ассоциацией содействия правосудию совместно с Российским государственным педагогическим университетом им. А. И. Герцена в городе Санкт-Петербурге 6-8 октября 2010 года.

Предназначен для юристов — ученых и практиков, адвокатов, судей, прокурорских работников, аспирантов, студентов юридических вузов и факультетов и всех тех, для кого представляют интерес острые и актуальные проблемы уголовной юстиции.

ПРЕДИСЛОВИЕ

6–8 октября 2010 года Международная ассоциация содействия правосудию (МАСП/IAJ) совместно с Российским государственным педагогическим университетом им. А. И. Герцена и при участии представительства Министерства юстиции США в Российской Федерации при посольстве США провели в Санкт-Петербурге Международную научную конференцию на тему: «Уголовная юстиция: связь времен».

Данная конференция продолжает традиции предыдущих научных форумов, организованных Международной ассоциацией содействия правосудию совместно с различными высшими учебными заведениями: «Школы и направления уголовно-процессуальной науки» (Санкт-Петербург, 5–6 октября 2005 г.), «Эволюция уголовного судопроизводства на постсоветском пространстве» (Киев, 22–23 июня 2006 г.), «Стратегии уголовного судопроизводства: к 160-летней годовщине со дня рождения проф. И. Я. Фойницкого» (Санкт-Петербург, 11–12 октября 2007 г.), «Конституционно-правовые проблемы уголовного права и процесса» (Санкт-Петербург, 30 октября 2009 года), на которых обсуждались самые злободневные проблемы юридической теории и практики.

В этот раз в Санкт-Петербурге собрались более 200 ученых и практиков из России, государств СНГ, США, Канады, Франции, Италии и других стран, в том числе более 60 докторов в области юридических наук. Среди них такие известные специалисты, как проф. А. С. Александров, проф. Л. Б. Алексеева, проф. В. П. Божьев, проф. А. Вилкс, проф. Ш. Вонг, проф. Б. Я. Гаврилов, проф. Я. И. Гилинский, проф. Л. В. Головкин, проф. Дж. Иллюминати, проф. Дж. Канн, проф. Н. А. Колоколов, проф. Р. Лахти, проф. М. Леви, проф. С. А. Пашин, проф. Жан Прадель, проф. А. Д. Прошляков, проф. Г. М. Резник, проф. Е. В. Семеняко, проф. А. В. Смирнов, проф. Стивен К. Тейман, проф. Дж. Флетчер, проф. С. А. Шейфер и другие.

Лейтмотивом конференции стали вопросы, касающиеся социального детерминизма в историческом развитии форм и методов уголовного правосудия и уголовного права, о приемлемости и пределах использования в этой сфере дискреционного усмотрения законодателя и о той роли, которую играют здесь, с одной стороны, небезызвестный принцип *raison d'État*, а с другой — основные юридические начала, общепризнанные и неотъемлемые права и свободы человека.

В центре дискуссии на этом научном форуме также оказалась проблематика того позитивного либо негативного влияния, которое оказывают на состояние современного уголовного права и процесса как прежние правовые формы и цепкие юридические стереотипы, так и футуристические ожидания и прогнозы ученых. Внимание правоведов привлекли и такие фундаментальные проблемы уголовной юстиции, как перспективы развития суда с участием присяжных, дифференциации уголовно-процессуальной формы и составительной модернизации предварительного расследования, природа следственной власти, концептуальные основы уголовного права.

Вместе с тем на конференции обсуждались и совершенно практические, но по-прежнему оставляющие место для споров вопросы, связанные с уголовно-процессуальным доказыванием, адвокатским расследованием, использованием по уголовным делам специ-

альных знаний. Обсуждению подверглись и последние законодательные веяния Российской Федерации в сфере уголовной юстиции, как-то: широкое введение апелляции по уголовным делам, создание независимого Следственного комитета РФ, преобразование милиции в полицию.

Настоящий сборник включает в себя избранные доклады и сообщения, прозвучавшие на данной конференции, но не вошедшие в сборник материалов, изданный к ее началу. По мнению составителей, эти доклады и сообщения представляют немалый интерес для юридической науки, законотворческой и правоприменительной практики. В полном объеме с материалами конференции (а это 118 научных статей) можно ознакомиться на сайте Международной ассоциации содействия правосудию по адресу: <http://www.iaaj.net/node/402>.

Организаторы конференции выражают искреннюю благодарность всем тем, кто оказал помощь в проведении конференции и публикации ее материалов, а также кто принял непосредственное участие в научной дискуссии.

Председатель Совета МАСП,
Советник Конституционного Суда
Российской Федерации, доктор юридических
наук, профессор, заслуженный юрист
Российской Федерации

А.В. Смирнов

Президент Федеральной палаты
адвокатов Российской Федерации,
доктор юридических наук,
заслуженный юрист
Российской Федерации

Е. В. Семеняко

Президент Адвокатской палаты г. Москвы,
кандидат юридических наук, доцент,
заслуженный юрист Российской Федерации

Г.М. Резник

СОДЕРЖАНИЕ

| | |
|---|-----|
| Предисловие | 3 |
| Барабаш А. С. Прокурор — следственный судья..... | 6 |
| Божьев В. П. К вопросу об источниках уголовно-процессуального права Российской Федерации | 15 |
| Гилинский Я. И. Уголовное право: кому оно нужно? | 19 |
| Головко Л. В. Реформа полиции в контексте модернизации предварительного производства в российском уголовном процессе..... | 24 |
| Иллюминати Дж. Построение состязательной модели уголовного процесса в Италии | 32 |
| Калиновский К. Б. Распределение бремени доказывания в уголовном процессе: всегда ли в пользу обвиняемого? | 40 |
| Кипнис Н. М. Правовые основы оглашения показаний не явившегося в судебное заседание потерпевшего и свидетеля в российском уголовном судопроизводстве (с учетом правовых позиций Европейского Суда по правам человека) | 44 |
| Кириллова Н. П. Теоретические и практические проблемы судебного контроля в российском законодательстве | 49 |
| Ковтун Н. Н. Судебный следователь и следственный судья — разные субъекты правовых отношений..... | 52 |
| Корнуков В. М. Преимущества и недостатки действующего порядка судебного исследования доказательств, представленных органами предварительного расследования | 61 |
| Кругликов А. П. Разумный срок уголовного судопроизводства и разумное уголовно-процессуальное законодательство | 66 |
| Лазарева В. А. Стереотипы мышления как тормоз становления состязательности в уголовном процессе Российской Федерации | 71 |
| Масленникова Л. Н. Факторы, определяющие развитие уголовного судопроизводства в России | 78 |
| Прадель Ж. Рассмотрение дел с участием присяжных в современной Франции. На пути к метаморфозам?..... | 84 |
| Резник Г. М. Стандарты доказанности и межотраслевая преюдиция..... | 91 |
| Смирнов А. В. 2050 год: постсостязательный процесс?..... | 95 |
| Чечетин А. Е. Оперативно-розыскные мероприятия и права личности..... | 102 |
| Шадрин В. С. Желаемое и действительное в досудебном производстве российского уголовного процесса | 106 |
| Шейфер С. А. Следственная власть: история и современность..... | 111 |

БАРАБАШ Анатолий Сергеевич,
профессор кафедры уголовного процесса
Сибирского федерального университета, доктор юридических наук

ПРОКУРОР — СЛЕДСТВЕННЫЙ СУДЬЯ

Процесс реформирования УПК РФ носит перманентный характер, и вряд ли он закончится с принятием нового кодекса, если этот кодекс не будет подчинен одной логике. Если удастся этого добиться, это не значит, что не будет необходимости вносить в него дополнения и изменения. Жизнь не стоит на месте, происходящие в ней перемены будут отражаться в ткани закона, но он будет совершенствоваться эволюционно, а не революционно, как в настоящее время. Пока же можно сказать, что принимаемые законодателем решения по определенным вопросам иногда не до конца продуманы, а зачастую не носят комплексного характера. У законодателя выработан уже условный рефлекс: в системе уголовно-процессуальной деятельности обнаруживается раздражение, объективным основанием которого в большинстве случаев является то, что действующий кодекс, провозглашая состязательность, механизм уголовно-процессуальной деятельности оставил прежним, публичным, — следует реакция, которая нередко ошибочна и неточна в силу непроработанности или неглубокого понимания того, что оформляется правовой нормой. Не последнюю роль в этом играют и те смыслы, которые вкладываются в принимаемые нормы. Часто именно они ответственны за возникновение многочисленных противоречий в УПК РФ. Большую роль в разное смысловое содержание своими решениями сыграл Конституционный Суд. Анализ его решений показывает, что в основе одних лежит состязательность, в основе других — публичное начало¹.

Центральной фигурой, много претерпевшей от реформ УПК, является прокурор. В сферу реформирования он попал еще до принятия действующего УПК. В первую очередь это коснулось порядка обжалования его решений, связанных с санкционированием такой меры пресечения, как заключение под стражу. Законом РФ от 23.05.1992 № 2825-1 «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс»² в ст. 11 «Неприкосновенность личности» было внесено положение, в силу которого лицо, подвергнувшееся аресту, имеет право на обжалование и судебную проверку законности и обоснованности содержания его под стражей. Статьи 220.1 и 220.2, которые были введены этим же законом, регламентировали процедуру рассмотрения жалоб. Причиной появления этих норм явилось вполне обоснованное сомнение в независимости и объективности прокурора при санкционировании ареста. В то время прокурор по закону был наделен двумя функциями — процессуального руководства и надзора. Как процессуальный руководитель он имел обширные права для вмешательства в оперативную деятельность следователя. Используя их, он невольно становился соавтором расследования, отвечающим за его результат. А исходя еще и из того, что он должен был бороться с преступностью, можно ли было ожидать от него объективного и беспристрастного надзора? Ответ однозначный — нет.

Оценивая с теоретических позиций принятое решение, следует отметить, что оно компенсировало нездоровую ситуацию, когда решение о заключении под стражу принимал орган, связанный с результатами расследования. К оценке законности и обоснованности принятого прокурором решения мог быть подключен орган, который являлся независимым в отношении следствия. Независимость — это как раз та мера, которая в рамках уголовного процесса как в этом, так и во многих других случаях позволяет решать вопрос о возможности принятия тем или иным органом государства определенного решения.

Оценивая первые шаги по реализации возможности обжалования санкции прокурора на арест или продления срока содержания под стражей, некоторые авторы подчеркивали, что «судебная проверка законности и обоснованности применения заключения под стражу в качестве меры пресечения стала еще одной гарантией законности действий прокурора при избрании указанной меры пресечения. Создан уникальный действенный правовой механизм, позволяющий обеспечивать двойной — ведомственный и судебный — контроль за избранием ареста в качестве меры пресечения до рассмотрения уголовного дела в суде. Практика показывает, что суды удовлетворяют около 11% жалоб на арест»³. Введение судебного контроля за законностью и обоснованностью решений прокурора заставило последних более серьезно и ответственно подходить к санкционированию, о чем свидетельствуют не только приведенные выше проценты, но и данные других авторов⁴.

Этот двойной контроль настолько понравился отдельным авторам, что они предлагали сохранить его на будущее⁵. И хотя действующий кодекс не воспринял эту идею, это не охладило умы исследователей. Смысл параллельного существования судебного контроля и прокурорского надзора за предварительным следствием ими видится в большей гарантированности защиты прав и законных интересов граждан при осуществлении предварительного расследования⁶. У нас есть сомнения, что эти ожидания оправдаются. Когда на разные органы возлагается реализация одних и тех же задач, ответственность размывается и вместо усиления гарантий мы можем получить обратный результат⁷. Да и по существу законодатель не мог реализовать это предложение, так как оно находилось за рамками той правовой парадигмы, которая сформировалась у него с начала 90-х годов до принятия действующего кодекса. В рамках УПК РСФСР судебный контроль за решениями следователя о заключении под стражу не ломал существовавшую процессуальную форму. Новое основание процесса — состязательность, которую законодатель попытался ввести в процесс, делала неприемлемым постановку перед судом и прокурором одинаковых целей. Законодатель определил прокурора как обвинителя и с этого момента его надзорные полномочия стали сокращаться, как «шагреновая кожа». Под юрисдикцию суда ушло много полномочий, которые ранее составляли содержание прокурорского надзора. Суд стал рассматривать жалобы на отказ в возбуждении уголовного дела, прекращение уголовного дела, на приостановление производства по уголовному делу, о выделении или соединении уголовных дел, на действия и решения, связанные с производством обыска и наложением ареста на имущество, об отстранении от должности, о помещении в стационар для проведения судебно-психиатрической экспертизы, а также на задержание, заключение под стражу и продление сроков содержания под стражей. Но это было только начало. С созданием Следственного комитета⁸ от надзорных полномочий прокурора за предвари-

тельным следствием практически ничего не осталось. Руководитель следственного органа получил полномочия прокурора, касающиеся отмены незаконных или необоснованных постановлений следователя, дачи согласия следователю на возбуждение перед судом ходатайства об избрании, о продлении, об отмене или изменении меры пресечения либо о производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения. Кроме того, он стал его процессуальным руководителем, заменив и на этом поприще прокурора. Отдельные полномочия последний сохранил применительно к решению вопроса о возбуждении уголовного дела, и без него не может обойтись следователь при принятии решения о передаче материалов дела в суд с обвинительным заключением. В утешение прокурору оставлены в полном объеме надзорные полномочия при расследовании уголовных дел, которое осуществляется в форме дознания и где он процессуальный руководитель органов дознания.

Отфиксировав ситуацию с прокурором, вернемся к вопросу о том, как развивалась теория и практика судебного контроля.

В теории уголовного процесса разрабатываются вопросы о том, является судебный контроль принципом⁹ или функцией, соответствующей ей комплексным правовым институтом¹⁰ и т. п., но в плане нашего исследования нас интересуют решения вопроса о том, насколько судебный контроль совместим с функцией отправления правосудия. В практическом плане значимым представляется выяснить, оправдались ли ожидания, связанные с тем, что судебный контроль поднимет на качественно более высокий уровень защиту законных прав и интересов граждан. Материалом исследования в этом случае будут являться данные, характеризующие ситуацию, связанную с решениями суда об избрании меры пресечения заключения под стражу или продления срока содержания под стражей. Выбор этого аспекта судебного контроля обусловлен в первую очередь тем, что именно он имеет наибольший удельный вес.

Итак, достаточно много авторов рассматривают судебный контроль как правосудие, исходя из того, что «любая процессуальная деятельность суда (судьи), связанная с производством по уголовным делам, причем на любой стадии, есть не что иное, как правосудие»¹¹, или как особую форму правосудия¹², которая «является важной гарантией прав и свобод личности от необоснованного их нарушения...»¹³, «все виды судебного контроля за законностью предварительного расследования являются формами защиты прав и свобод участников уголовного процесса»¹⁴.

С подобным отношением к сущности судебного контроля далеко не все согласны. Возражая против отождествления правосудия и судебного контроля, Л. М. Володина делает упор на то, что у правосудия и судебного контроля разные цели. Она пишет: «Уголовное правосудие ставит своей задачей разрешение материально-правового конфликта публичного характера... Целью судебного контроля является обеспечение соблюдения прав участников уголовного процесса в ходе предварительного расследования по уголовному делу способами иного характера, в этом случае на суд возлагаются иные задачи... используется иной инструментарий»¹⁵. Обращается внимание и на то, что при осуществлении судебного контроля нет материально-правового спора, здесь может быть только процессуальный конфликт (и то не всегда), который разрешается в иной процессуальной фор-

ме, нежели правосудие. И как подкрепление, в качестве формального довода используется ссылка на постановление Конституционного Суда от 25 января 2001 г. по делу о проверке конституционности положения п. 2 ст. 1070 ГК РФ, в котором дается толкование понятия правосудия¹⁶, которое никак не позволяет отнести к нему судебный контроль.

Доводы против отождествления правосудия и судебного контроля приводят и активные сторонники последнего. А. В. Смирнов пишет, что «судебный контроль не может быть непосредственно продолжен правосудием, ибо он превращает состязательность в розыск. Судей как минимум должно быть двое: один для предварительного следствия и предания суду, другой для правосудия»¹⁷.

Следует заметить, что те авторы, которые пишут о необходимости выделения специального судьи для следствия, так или иначе исходят из невозможности отождествления правосудия и судебного контроля. Это прямо следует из высказанного И. Л. Петрухиным вывода о том, что «судья, вынесший решение об аресте, обыске и т. п., не должен рассматривать данное уголовное дело по существу. Это дело будет рассматриваться другим судьей»¹⁸.

Возникает вопрос, почему один и тот же судья не может осуществлять судебный контроль и правосудие по одному и тому же делу? Вопрос тем более обоснован, что ст. 63 УПК РФ не содержит запрета на рассмотрение дела по существу тем судьей, который принимал решения в досудебном производстве, хотя изначально в принятой редакции действующего кодекса он существовал и был отменен Федеральным законом от 29 мая 2002 года¹⁹. И здесь мы должны констатировать редкий для теории уголовного процесса феномен. Как сторонники, так и противники судебного контроля используют примерно одинаковую аргументацию. В. А. Семенцов пишет: «...у судьи, выдавшего решение об аресте, обыске и т. д., складывается убеждение в виновности определенного лица, которое в дальнейшем помешает ему объективно рассмотреть дело и вынести справедливый приговор»²⁰. Оказывается все дело в том, что при осуществлении судебного контроля у судьи формируется внутреннее убеждение, поэтому и нужен другой судья. Подчеркивается даже неизбежность формирования у него такого убеждения по вопросу о виновности. Неизбежность является объективным результатом анализа имеющихся в материалах дела доказательств²¹. Если продолжить данную логику, то мы каждого субъекта, принявшего в рамках процесса значимое решение, должны выводить из дела: вынес следовательно постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого — мы его за рамки, ведь у него уже сформировалось внутреннее убеждение о виновности обвиняемого и не стоит ожидать от него всестороннего, объективного исследования; утвердил прокурор обвинительное заключение, а сделать это возможно только проанализировав материалы дела, и он уже не годится для работы в судебном разбирательстве. Примеры можно продолжать, но в этом нет смысла. Подобное понимание механизмов формирования внутреннего убеждения не соотносится с теорией познания и с уголовно-процессуальным законом. Внутреннее убеждение как результат познавательной деятельности может сформироваться только в конце познания на основе оценки всей совокупности доказательств, которые были исследованы **непосредственно** при производстве следственных действий, причем субъекты познавательной уголовно-процессуальной деятельности (о них говорит ст. 74) обязаны, осуществляя ее, установить все обстоятельства ст. 73 УПК. Именно установление их во взаимосвязи и позволяет сде-

лать вывод о виновности. Таким образом, решая вопрос о заключении под стражу, судья не имеет объективных оснований для формирования внутреннего убеждения о виновности лица. Если бы уровень профессиональной подготовки судей был высоким, то и не возникла бы потребность в корректировке содержания ст. 63 УПК, о чем шла речь выше. Но что есть, то и имеем. Исходя из реалий судебной деятельности, следует учитывать те моменты, которые были отмечены А. К. Утарбаевым. По его наблюдениям, «судье непросто признать, что он или его коллега ошибся, избирая меру пресечения, и постановить оправдательный приговор или назначить срок наказания меньший, чем срок, уже проведенный подсудимым в предварительном заключении. В таких случаях приговор как бы прикрывает огрехи, допущенные при избрании меры пресечения, но при этом сам приговор, его законность, обоснованность и справедливость вызывают сомнения»²². Подобное понимание судьями своего места, сути деятельности — прямая дорога к постановлению неправосудных приговоров и к потере доверия у населения²³.

Итак, если не с теоретических, то с практических позиций, обусловленных житейской психологией судей, нельзя судебный контроль и правосудие соединять в руках одного судьи. В начале статьи мы приводили данные исследования Ф. Багаутдинова, который до принятия действующего кодекса в 2000 г. зафиксировал падение удовлетворенных судом жалоб на арест или продление срока содержания под стражей на фоне их роста. Но этот сигнал не был услышан законодателем и судебный контроль был введен на широкой основе. Об улучшении состояния дел по действующему кодексу говорить не приходится. Сами сторонники судебного контроля отмечают усиление карательных начал уголовной политики в период действия УПК РФ и видят его в том, что за последние два-три года значительно выросло число арестов и задержаний²⁴. Институт судебного контроля, в рамках которого выдаются разрешения на действия, ограничивающие конституционные права, не оправдал их ожиданий. А. К. Утарбаев отмечает высокую удовлетворяемость ходатайств, которые, как правило, необоснованны, что свидетельствует о низкой эффективности судебного контроля за следственными действиями²⁵. В процентном отношении «доля удовлетворяемых судом ходатайств о даче согласия на заключение лица под стражу составляет ежегодно в среднем 91%»²⁶.

Раньше прокурор не годился в качестве субъекта, решающего вопрос об ограничении конституционных прав обвиняемого, оказалось, что и судья не годится по тем же самым основаниям, к которым добавляется важный момент: неестественность объединения в судебном органе функций правосудия с судебным контролем, что вообще ставит под сомнение осуществление такого контроля судом. М. К. Свиридов пишет, что существование судебного контроля в рамках уголовного процесса противоречит характеру применяемого при этом материального права, и приводит аргументы, свидетельствующие о несоответствии судебного контроля назначению уголовного процесса. Указывает на реальную опасность того, что осуществление этого контроля втянет судей в расследование, лишит их объективности, породив обвинительный уклон²⁷. Эту же опасность отмечает и А. Д. Бойков. Кроме этого, он указывает еще на один очень серьезный момент: в результате введения судебного контроля произошло смешение процессуальных функций расследования и правосудия, что, по его мнению, снижает «ответственность органов уголовного преследования за результаты деятельности как в правовом, так и в психологическом плане: решения

в ходе расследования принимают не они, а судьи»²⁸. К этому Ю.К. Якимович добавляет, что суд превращается не только в следователя, но еще и в прокурора, теряя при этом «свои главные преимущества: «независимость, беспристрастность, объективность»²⁹.

Допустим, что законодатель в очередной раз игнорирует подобные соображения и согласится с предложениями о введении фигуры следственного судьи. Но может ли этот судья быть членом судейской корпорации, осуществляющей правосудие? О возможности срабатывания корпоративной психологии отмечалось выше. Да и потом можем ли мы себе позволить такую роскошь, как вводить новые штатные единицы для судей, которые будут осуществлять судебный контроль? По данным Е.Б. Мизулиной, «почти в два раза увеличилась штатная численность судей. За 5 лет (время действия УПК РФ — А.Б.) численность судей с 16 742 возросла до 29 000. Это позволило России сравняться по показателю соотношения судей к численности населения страны со странами Европейского союза. Если на начало 2001 года число судей к населению страны составляло соотношение 1 судья на 9,5 тыс. населения, то на начало 2006 года это соотношение коренным образом изменилось и составляет уже 1 судья на 4 900 человек. Для сравнения во Франции это соотношение составляет 1 судья на 6 000 человек, в ФРГ — 1 судья на 4 тыс., в Англии — 1 судья на 3 тыс. человек»³⁰. По количественным показателям нам ничего не стоит сравняться с ведущими странами Запада, если бы мы также просто могли сравняться и по качественным. Если в этой ситуации законодатель пойдет по пути расширения штатного состава судей для осуществления судебного контроля, то вряд ли его поймет налогоплательщик.

Какой же из этого видится выход, где искать такого субъекта уголовного процесса, который мог бы быстро, оперативно, с позиций законности и обоснованности рассматривать жалобы граждан на незаконные действия органов расследования, нарушающие их права и законные интересы? А то, что он необходим, — понятно всем. Для поисков его далеко ходить не надо, такой субъект вольно или невольно, скорее невольно, подготовлен самим законодателем — прокурор. Законодатель освободил его от функции процессуального руководства следственными органами. Это первый шаг к обеспечению его независимости, формально он сейчас не связан с результатами расследования.

Прокуратура как до революции³¹, так и сейчас, правда не всеми авторами, рассматривается прежде всего как субъект надзора за соблюдением законности, суть которого В.Ф. Крюков видит в том, что прокурорский надзор представляет собой государственно-властное наблюдение за единообразным исполнением правовых предписаний с принятием мер к восстановлению нарушенных прав³². Такое понимание полностью соответствует тексту ст. 1 Федерального закона о прокуратуре, где сформулирована ее основная функция — осуществление от имени Российской Федерации надзора за соблюдением Конституции Российской Федерации и исполнением законов, действующих на территории Российской Федерации. В ч. 2 этой статьи формулируются цели надзорной деятельности — обеспечение верховенства закона, единства и укрепления законности, защита прав и свобод человека и гражданина, а также охраняемых законом интересов общества и государства». В уголовном процессе эта цель конкретизируется через обстоятельства ст. 73, в установлении которых обязан принимать участие прокурор. Устанавливая их, прокурор должен служить обществу и каждому участнику процесса. А.Ф. Кони подчеркивал, что «это служение

только тогда будет полезно, когда в него будет внесена строгая нравственная дисциплина и когда интерес общества и человеческое достоинство личности будут ограждаться с одинаковой чуткостью и усердием...»³³.

Сказанное выше о целях прокурора можно с полным основанием отнести и к целям деятельности суда, достаточно обратиться к ст. 74 УПК, где первым органом, обязанным устанавливать все обстоятельства, подлежащие доказыванию, наряду с прокурором, назван суд. Видно не зря в свое время А. Ф. Кони характеризовал прокурора как публично говорящего судью³⁴.

Делая вывод из предыдущего, можно прийти к заключению, что нет серьезных препятствий против изменения в уголовном процессе места и роли прокурора. Законодатель, как уже отмечалось выше, сделал к этому первый шаг — формально прокурор стал независим от результата расследования. Формально — в силу того, что применительно к прокуратуре Следственный комитет является ее структурной частью. И до тех пор, пока сохраняется это положение, в условиях роста числа совершенных преступлений надзор будет отодвинут на второе место задачей раскрытия преступлений. О действительной независимости прокурорского надзора может идти речь только при организационном выделении следствия из прокуратуры и создании независимого Следственного комитета. Предложения об этом звучали уже не раз³⁵. Полагаю, изначально не возникла бы необходимость в судебном контроле, если бы у прокурора не было функции процессуального руководства, а следствие было бы организационно выделено. Сделает это законодатель, вернет ему активные надзорные полномочия, которые были переданы судье, причем в той форме, как они там реализуются, и надзорные полномочия руководителей следственных подразделений — мы получим прокурора, которого по сути можно назвать следственным судьей. Независимый прокурор вполне сам сможет надзирать за законностью и обоснованностью всех действий и решений органа предварительного расследования и, используя активные средства прокурорского реагирования, немедленно устранять выявленные нарушения закона. Принятие этого решения делает независимым органом правосудия и суд.

Следует обратить внимание законодателя и еще на один важный момент, хотя он и находится за пределами уголовно-процессуального регулирования: структура уже существует, не нужно ничего создавать, прокуроры еще не забыли суть надзорной деятельности, а приданная им настоящая независимость позволяет надеяться на ожидаемую обществом отдачу. Не будем забывать и то, что таким решением будут экономиться и деньги налогоплательщиков.

Для принятия предлагаемого решения следует отработать еще один момент — соответствие предложенного международному законодательству. Сторонники судебного контроля, опираясь на них, утверждают, что субъектом его может быть только судебный орган. Анализируя основания подобного утверждения, мы приходим к выводу, что главным является не то, какой орган осуществляет эту деятельность, а осуществляет ли он ее независимо. Это признал в своем постановлении от 6 сентября 1978 г. Европейский суд по правам человека. Пункт б ст. 2 Международного пакта о гражданских и политических правах не связывает жестко с судом решение вопроса об органе, контролирующем ограничение конституционных прав. Еще раньше на этом же основании была сформулирована ч. 3 ст. 5

Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Следовательно, с позиций мирового сообщества вопрос об ограничении конституционных прав может решать не только суд. С учетом изложенного выше — прокурор.

Сноски:

- 1 Подробнее об этом см.: Барабаш А.С. Значение решений Конституционного Суда для понимания сущности российского уголовного процесса // Конституционно-правовые проблемы уголовного права и процесса / Сост. К.Б. Калиновский. Санкт-Петербург: Северо-Западный филиал Российской академии правосудия. СПб., 2010. С. 37–44.
- 2 Ведомости СНД и ВС РФ. 25.06.1992. № 25. Ст. 1389.
- 3 Назаренко В. Санкция прокурора или судебное решение? // <http://www.lawmix.ru/comm/6489>
- 4 По данным Ф. Багаутдинова, «в 1994 году по Республике Татарстан обжаловал арест каждый десятый арестованный, удовлетворено 23% жалоб. В 2000 году арест обжаловал каждый пятый арестованный (вдвое больше!), а удовлетворено лишь 14% жалоб. Таким образом, несмотря на ежегодный рост числа жалоб на арест, число удовлетворенных из них снижается». См.: Багдаудинов Ф. Состояние и перспективы судебного контроля // Российская юстиция. 2001. Данные этого автора хороши тем, что они фиксируют интересную тенденцию: число жалоб с каждым годом растет, число удовлетворенных — снижается. В силу каких причин это происходит — в данной статье ответа на этот вопрос не дается.
- 5 Назаренко В. Указ. соч.
- 6 См., например: Рябкова О.В. Судебный контроль на стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 7, 13.
- 7 Этот вывод в определенной мере объясняет тенденцию, зафиксированную в исследовании Ф. Багаутдинова.
- 8 См.: Федеральный закон от 05.07.2007 «О внесении изменений в уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон “О прокуратуре Российской Федерации”» // Собрание законодательства РФ. 11.06.2007. № 24. Ст. 2830.
- 9 См.: Муратова Н.Г. Система судебного контроля в уголовном судопроизводстве: вопросы теории, законодательного регулирования и практики: Дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2004. С. 7, 12–13, 113–114; Мартынякин Л.Ф. Судебная власть в структуре уголовного процесса // Актуальные проблемы юридической науки / Отв. ред. А.Н. Тарбогаев. Красноярск, 2005. С. 739 и др.
- 10 Азаров В.А. Феномен судебного контроля: заметки на полях трех диссертаций // Судебная власть в России: закон, теория и практика. М., 2005. С. 359 и др.
- 11 Бозров В.М. Современные проблемы российского правосудия по уголовным делам в деятельности военных судов. Екатеринбург, 1999. С. 18 и др.
- 12 См., например: Лазарева В.А. Судебная власть и ее реализация в уголовном процессе. Самара, 1999. С. 40.
- 13 Там же. С. 79.
- 14 Лазарева В.А. Судебная защита в уголовном процессе РФ: проблемы теории и практики: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. С. 8. Подобное отношение к судебному контролю высказывали и другие авторы. См., например: Кашенов В.П. Институт судебной защиты прав и свобод граждан и средства ее реализации // Государство и право. 1998. № 2. С. 70 и др.
- 15 Володина Л.М. Проблемы организации и функционирования судебной власти // Судебная власть в России: закон, теория и практика. М., 2005. С. 22.
- 16 Не согласны с отождествлением судебного контроля и правосудия и другие авторы. См., например: Зинатуллин З.З., Зезянов В.В. Судебная власть и правосудие по уголовным делам: соотношение с судебным контролем // Судебная власть в России: закон, теория и практика. М., 2005. С. 344.
- 17 Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. СПб., 2000. С. 50–52.
- 18 Петрухин И.Л. Прокурорский надзор и судебный контроль за следствием // Российская юстиция. 1998. № 9. С. 13. См. также: Бородинова Т.Г., Демидов И.Ф. Обвинение и защита: проблема равных возможностей // Журнал российского права. 2005. № 2; и др.

- 19 Федеральный закон от 29 мая 2002 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. 03.06.2002. № 22. Ст. 2027.
- 20 Семенцов В. А. Судебный контроль при производстве следственных действий // *Судебная власть в России: закон, теория и практика*. М., 2005. С. 398.
- 21 Азаров В. А. Феномен судебного контроля: заметки на полях трех диссертаций // Там же. С. 356.
- 22 Утарбаев А. К. Проблемы правового регулирования и доказывания оснований ограничения конституционных прав личности в уголовном процессе РФ: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2009. С. 120.
- 23 По данным аналитического центра «Левада-Центр», в 2005 г. суды заслужили доверие только у 16% населения. По данным другой социологической организации «Фонд общественного мнения», в 2004 г. положительно оценивали деятельность судов и судей 26% // <http://www.indem.ru/Proj/SudRef/ConceptRec.htm>
- 24 Петрухин И. Л. Оправдательный приговор и уголовная политика // *Адвокат*. 2007. № 5.
- 25 Утарбаев А. К. Указ. соч. С. 92–93.
- 26 Мизулина Е. Б. К пятилетию уголовно-процессуального кодекса РФ // *Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения (к 5-летию УПК РФ)*. М., 2007. С. 7.
- 27 См. более подр.: Свиридов М. К. Соотношение функции разрешения уголовных дел и судебного контроля в деятельности суда // *Правовые проблемы укрепления российской государственности*. Вып. 7. Томск: ТГУ, 2001. С. 5–6.
- 28 Бойков А. Д. Третья власть в России. Книга вторая — продолжение реформ. М.: Юрлитинформ, 2002. С. 32.
- 29 Якимович Ю. К. Нужен ли нам новый УПК? // *Проблемы уголовного судопроизводства*. Москва-Кемерово, 1998. С. 115–116.
- 30 Мизулина Е. Б. Указ. соч.
- 31 Крюков В. Ф. Полномочия прокурора в досудебном производстве по уголовным делам: современность и перспективы // *Журнал российского права*. 2007. № 10.
- 32 См.: Крюков В. Ф. Курс лекций по прокурорскому надзору. Курск, 2000. С. 27.
- 33 Кони А. Ф. Избранные произведения. М., 1956. С. 51.
- 34 Кони А. Ф. Там же. С. 50.
- 35 См.: Серов О. Д., Аверченко А. К. Вневедомственный следственный аппарат России: замыслы и реальность // СПС «КонсультантПлюс»; Бобров А. В. Новые изменения в регламентации досудебного производства и проблемы гарантий законности и процессуальной самостоятельности следователя // *Право на судебную защиту в уголовном процессе: Европейские стандарты и российская практика / Под ред. М. К. Свиридова*. Томск, 2007. С. 163; и др.

БОЖЬЕВ Вячеслав Петрович,

профессор кафедры управления органами расследования преступлений
Академии управления МВД России, доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки Российской Федерации

К ВОПРОСУ ОБ ИСТОЧНИКАХ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Опыт применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации подтвердил его позитивную роль в регулировании уголовно-процессуальных отношений, обеспечении правильного применения норм уголовного закона, установлении уголовно-правовых отношений, в рамках которых реализуется уголовная ответственность лиц, совершивших деяния, ответственность за которые установлена уголовным законом. Уголовно-процессуальные отношения — это единственный канал установления уголовно-правовых отношений и применения норм уголовного закона. Нормы уголовного права сосредоточены в одном федеральном законе — Уголовном кодексе Российской Федерации (УК РФ). Именно им определены основания и условия уголовной ответственности. УК РФ установил меры уголовной ответственности, предусмотрел различные виды наказаний, основания их применения, а также освобождения лиц от наказания. Уголовный закон признает преступлением виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное им (УК РФ) под угрозой наказания (ч. 1 ст. 14 УК РФ). Установление уголовно наказуемого деяния, оснований уголовной ответственности осуществляется в рамках уголовно-процессуальных отношений.

1. В отличие от уголовно-правовых отношений уголовно-процессуальные отношения регулируются не только нормами федерального процессуального кодекса, так как процессуальные нормы содержатся не только в УПК РФ, а и в других федеральных законах (о судах, прокуратуре, адвокатуре, милиции и др.). Более того, свыше тридцати статей Конституции РФ направлены на регулирование уголовно-процессуальных отношений. При этом в ходе правоприменения необходимо учитывать, что конституционные нормы по своему положению находятся на более высоком иерархическом уровне, чем отраслевые нормы, хотя реализуются они нередко наряду с ними.

Таким образом, есть основания признать, что УПК РФ — это основной, но не единственный федеральный закон, регулирующий уголовно-процессуальные отношения. В ст. 1 УПК РФ законодатель не указал на это. Но уже в ст. 7 УПК РФ он вынужден был констатировать наличие других федеральных законов и даже иных правовых актов, нормы которых предназначены регулировать уголовно-процессуальные отношения. При этом в указанной

статье УПК подчеркнуто, что, установив в ходе производства по уголовному делу несоответствие указанных актов и УПК РФ, суд принимает решение в соответствии с кодексом (ч. 2 ст. 7 УПК РФ). Регулирование уголовно-процессуальных отношений осуществляют федеральные законы: о статусе судей, о мировых судьях, о присяжных заседателях, о судостроительстве, о судебных приставах, о прокуратуре, об оперативно-розыскной деятельности, об адвокатуре и адвокатской деятельности, о милиции и др.¹

Учитывая высказанные соображения, представляется возможным предложить для обсуждения следующую модель ч. 1 ст. 1 УПК РФ: «Уголовное судопроизводство и осуществляемые при этом правовые отношения регулируются основанном на Конституции РФ настоящим Кодексом и другими федеральными законами».

2. УПК РФ, таким образом, не является единственным федеральным законом, регулирующим уголовно-процессуальную деятельность, но он — *единственный в России федеральный уголовно-процессуальный закон*. Только УПК РФ создан специально для регулирования уголовно-процессуальных отношений. Утверждая об установлении порядка уголовного судопроизводства этим кодексом (ч. 1 ст. 1 УПК РФ), законодатель тем самым выделил его из других федеральных законов, которые содержат отдельные правовые нормы, направленные на регулирование уголовно-процессуальных отношений. Эта идея получила дальнейшее развитие в ч. 1 ст. 7 УПК РФ, запретившей суду, прокурору, следователю, органу дознания и дознавателю применять федеральный закон, противоречащий УПК РФ. Подчеркнем также, что в тексте УПК РФ только он именуется уголовно-процессуальным законом (ч. 1 ст. 3, 4). Все другие федеральные законы (о прокуратуре, об ОРД, о милиции, об адвокатской деятельности и адвокатуре и др.), в которых присутствуют отдельные процессуальные нормы, нельзя считать уголовно-процессуальными законами, так как они созданы главным образом для регулирования других (чаще отраслевых) вопросов. Отсюда и их наименование: о милиции, о прокуратуре, о статусе судей, об адвокатской деятельности и адвокатуре и т. п. Процессуальные же нормы, содержащиеся в указанных нормативных правовых актах, применяются постольку, поскольку они не только не противоречат, но и соответствуют нормам УПК РФ (ч. 2 ст. 7 УПК РФ).

Надо, однако, признать, что ч. 2 ст. 7 УПК РФ сформулирована не вполне удачно: из ее буквального текста вытекает, что с ее помощью может быть разрешено любое противоречие (даже несоответствие) между нормами УПК и любого другого федерального закона. Однако это не так: положения ч. 2 ст. 7 УПК РФ следует интерпретировать ограничительно, так как с ее помощью можно разрешить противоречие (или несоответствие) только между процессуальными нормами. На основе положений ч. 2 ст. 7 УПК РФ нельзя, например, разрешать противоречия между нормами Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов, в чем не сразу разобрались некоторые практические работники. Поэтому при конкуренции норм УК РФ и УПК РФ предпочтение должно быть отдано тому закону, который специально предназначен для регулирования соответствующих общественных отношений, на что обоснованно обратил внимание Конституционный Суд РФ (пост. № 13-П от 29 июня 2004 г.)². А для того, чтобы разрешить возникшую конкуренцию норм, надо прежде уяснить, к предмету регулирования какой отрасли права относится спорный вопрос. И еще надо иметь в виду специфику правоприменения в сфере уголовно-процессуальных отношений.

Например, принимая ключевые процессуальные решения (постановления о возбуждении уголовного дела, привлечении в качестве обвиняемого, прекращении дела, обвинительное заключение, приговор, определение и постановление вышестоящих судов), властный субъект одновременно с применением норм УПК применяет нормы Уголовного кодекса.

Следует иметь в виду также, что применение норм УПК может сопровождаться одновременным применением норм ГК, ГПК, УИК и некоторых других федеральных законов. И было бы неправильно без учета характера регулируемых общественных отношений в каждом конкретном случае при наличии коллизий между разными отраслевыми нормами на все случаи жизни резервировать приоритет за нормами УПК. Именно такой смысл указанной нормы может усмотреть правоприменитель, сообразуясь с буквальным толкованием положений ст. 7 (ч. 1 и 2) УПК РФ, от чего вынужден был предостеречь Конституционный Суд РФ (пост. № 13-П от 29 июня 2004 г.).

3. Допуская наряду с уголовно-процессуальным законом (УПК РФ) возможность существования других федеральных законов, содержащих отдельные процессуальные нормы, желательно четко определить, что должно быть достоянием исключительно УПК РФ и что (какие процессуальные вопросы) может быть предметом регулирования иных федеральных законов. К сожалению, ни в УПК РФ, ни в других федеральных законах России об этом ничего не сказано. Видимо, законодатель полагал, что для регулирования этих вопросов достаточно предписаний, содержащихся в ч. 1 и 2 ст. 7 УПК. Как свидетельствует практика применения УПК РФ (2001 г.), этого оказалось недостаточно. Положения, содержащиеся в указанной статье закона (ст. 7 УПК), предназначены для разрешения возникших коллизий процессуальных норм различных федеральных законов. Вместе с тем в УПК РФ отсутствуют предписания, которые предупреждают возможность возникновения указанных противоречий (или несоответствий). Между тем реально может быть использован весьма простой и доступный способ преодоления этих недостатков — определить в уголовно-процессуальном законе, т. е. в УПК РФ, пределы возможного вторжения в сферу регулирования уголовно-процессуальных отношений иных (кроме УПК РФ) норм других федеральных законов.

С учетом возникших на практике трудностей можно допустить, что именно в УПК должны быть решены такие важнейшие вопросы, как задачи уголовного судопроизводства, его принципы, обеспечение основных прав и свобод человека и гражданина, меры процессуального принуждения, правовой статус участников уголовного процесса, доказательства и доказывание, процессуальные решения, производство в различных стадиях уголовного процесса. Предложенный перечень вопросов, разумеется, не носит исчерпывающего характера.

Для иллюстрации того, насколько сложно на основе действующего законодательства разрешить коллизии между нормами ряда законов, представляется возможным обратиться к одному из вопросов, связанных с процессом доказывания и проведением в этих целях следственных действий. Казалось бы, очевидно, что эти вопросы досконально решены в уголовно-процессуальном законе, так как доказывание в уголовном судопроизводстве — это «...центральный узел всей системы судопроизводства»³. Тем более, как было отмечено, Конституционный Суд РФ (далее — КС РФ) подтвердил, что при решении трудностей,

возникающих при производстве по уголовным делам ввиду противоречия норм, содержащихся в различных федеральных законах, необходимо исходить из того, что приоритетными признаются нормы того закона, который *специально предназначен для регулирования соответствующих отношений*. Однако определение общих критериев разграничения противоречий между конкурирующими нормами разных федеральных законов не снимает трудностей при разрешении конкретных вопросов, связанных с доказыванием, допуском тех или других лиц к процессуальной деятельности.

Не будет лишним напомнить, что в одном из своих постановлений Конституционный Суд РФ, например, вполне обоснованно признал, что вопросы доказывания — это главные вопросы в системе уголовно-процессуальных отношений. Поэтому их регулирование, затрагивающее (как подчеркивал КС РФ) само существо уголовно-процессуальных отношений, составляет предмет исключительно федерального уголовно-процессуального закона⁴. А таковым регулятором в сфере уголовно-процессуальных отношений, как известно, является лишь УПК РФ.

Сноски:.....

- 1 Здесь не упомянуты федеральные конституционные законы, так как их приоритет по отношению к УПК и другим федеральным законам неоспорим, и ст. 7 УПК РФ их не имеет в виду.
- 2 Вестник Конституционного Суда РФ (далее — ВКС РФ). 2004. № 4.
- 3 Спасович В. Д. О теории судебно-уголовных доказательств. М., 2001. С. 4.
- 4 Постановление КС РФ № 14-П от 25 октября 2001 г. // ВКС РФ. 2002. № 1. С. 9.

ГИЛИНСКИЙ Яков Ильич,

заведующий кафедрой уголовного права РГПУ им. А. И. Герцена,
профессор Санкт-Петербургского юридического института (филиала)
Академии Генеральной прокуратуры РФ, доктор юридических наук, профессор

УГОЛОВНОЕ ПРАВО: КОМУ ОНО НУЖНО?

Право — это игорный дом властей, преступление — их мышеловка.

S. Henry, D. Milovanovic

На первый взгляд постановка вопроса является кощунственной вообще, для юриста — в особенности. Как это — кому? Всему обществу, населению, государству, всем честным и порядочным людям, никогда в жизни не совершающим преступления! Ну, насчет «никогда никаких преступлений» мы еще посмотрим чуть позже. Так же, как «всем людям». А пока порассуждаем над поставленным в заглавии вопросом.

Сразу оговорюсь: представленный ниже текст — не призыв к отмене уголовного закона. Это, к сожалению, нереально ни в современной России, ни в других государствах. Речь пойдет лишь о попытке понять — что есть уголовный закон, какие задачи он призван решать, каковы его реальные возможности, в чьих интересах он создается и функционирует. И еще: понимая различие между уголовным правом (в его нескольких ипостасях — как отрасль законодательства, отрасль права, отрасль знаний, включая учебную дисциплину) и уголовным законом¹, в интересах краткости я иногда буду употреблять эти термины как «синонимы» без специальной оговорки, имея в виду, как правило, уголовное законодательство.

Заметим, прежде всего, что *в реальной действительности нет объекта, который был бы «преступностью» (или «преступлением») по содержанию, по своим внутренним свойствам, sui generis, per se.* Преступление и преступность — понятия *релятивные* (относительные), *конвенциональные* («договорные»: как «договорятся» законодатели). Они суть — социальные *конструкты*, лишь отчасти отражающие социальные реалии: некоторые люди убивают других, некоторые завладевают вещами других, некоторые обманывают других и т. п. Но *те же самые по содержанию* действия могут не признаваться преступлениями: убийство врага на войне, убийство по приговору (смертная казнь), завладение вещами другого по решению суда или в случае крайней необходимости, обман государством своих граждан и т. п.²

Осознание того, что многие привычные общественные явления не что иное, как *конструкции*, более или менее искусственные, «построенные» обществом, сложилось в социальных науках во второй половине XX столетия³. И хотя применительно к нашему предмету такое осознание было присуще еще Древнему Риму (*ex senatusconsultis et plebiscitis crimina exercentur* — преступления возникают из сенатских и народных решений), однако в современной криминологии признание преступности социальной конструкцией наступило сравнительно поздно, хотя сегодня разделяется многими зарубежными криминологами⁴. Это четко формулируют германские криминологи Х. Хесс и С. Шеерер⁵: преступность

не онтологическое явление, а мыслительная конструкция, имеющая исторический и изменчивый характер. Преступность почти полностью конструируется контролирующими институтами, которые устанавливают нормы и приписывают поступкам определенные значения. Преступность — социальный и языковой конструкт.

Об этом же пишет голландский криминолог Л. Хулсман: «Преступление не онтологическая реальность... Преступление не объект, но продукт криминальной политики. Криминализация есть один из многих путей конструирования социальной реальности»⁶.

«Понятие *преступность* есть ярлык, который мы применяем, определяя поведение, нарушающее закон... Ключевым является то, что преступления порождаются уголовным законом, который сочиняют люди. “*Преступность* не существует в природе, это выдумка (*invented*) людей”», — утверждает М. Робинсон⁷.

Н. Кристи (Норвегия) убежден, что преступность не имеет естественных природных границ. Она суть продукт культурных, социальных и ментальных процессов⁸. А отсюда казалось бы парадоксальный вывод: «Преступность не существует» (*Crime does not exist*)⁹.

Не менее определенно пишут Филмер П., Филипсон М., Силверман Д., Уолш Д. в коллективной монографии: «Преступление — это юридическая категория... И в этом смысле единственной причиной преступления является сам закон»¹⁰.

Задачи, выдвигаемые российским законодателем перед уголовным законом, вполне приемлемы (п. 1 ст. 2 УК РФ). Осуществляться эти широко сформулированные задачи должны посредством (а) установления *перечня деяний*, признаваемых преступными, и (б) установления *наказаний* за совершение этих деяний (п. 2 ст. 2 УК РФ).

И вот здесь начинаются проблемы.

Во-первых, какие деяния *столь* «общественно опасны», что должны быть криминализованы (возведены в статус преступления)? Насколько мне известно, четких критериев тому нет ни в отечественной, ни в мировой практике. Законодатель по собственному разумению (точнее, под давлением осознаваемых интересов власти, режима, учитывая исторический опыт, «требования народа», СМИ и т.п.) криминализирует те или иные деяния. И сразу же возникают вопросы *de lege lata*. Почему в России уголовным преступлением считается «оскорбление» (ст. 130 УК)? Неужели это *столь* общественно опасное деяние, что заслуживает уголовного наказания и последующей судимости? А вот то, что криминализация оскорбления делает почти всех граждан России старше 16 лет, включая автора этих строк, уголовными преступниками, — очевидно. Почему «уничтожение или повреждение имущества *по неосторожности*» (ст. 168 УК, выделено мною) признается преступлением? Административный проступок, гражданско-правовой деликт — да, но причем здесь уголовное право? А многие «преступления» главы 22 УК РФ (ст. 171, 171.1, 174.1, 176, 177, 180, 190, 193, 198, 199.1 и др.), которые не случайно оказались «мертвыми», не применяемыми на практике? Так, в России за 2005–2007 гг. были зарегистрированы «преступления», предусмотренные ст. 170 УК — от 1 до 6; ст. 184 УК — 0 (за все три года); ст. 185 УК — от 0 до 6; ст. 185.1 УК — от 0 до 1 (!); ст. 190 УК — 0 (за все три года) и т.п.¹¹

Во-вторых, еще проблематичнее вопрос о наказании, его целях и их реализации. Согласно п. 2 ст. 43 УК РФ целями наказания являются: восстановление социальной справедливости, исправление осужденного и предупреждение совершения новых преступлений.

Что касается *исправления* осужденного, то никогда еще не удавалось никого «исправить» путем наказания. Это хорошо известно педагогам, психологам, да и практическим работникам правоохранительных и уголовно-исполнительных органов. Только очень наивные люди надеются на «исправление» осужденного в тюрьме (колонии).

Известно, что под *предупреждением* совершения новых преступлений понимается как *частная* превенция (чтобы осужденный не совершал новых преступлений), так и *общая* («чтобы другим неповадно было»). Большие сомнения вызывает успешность достижения обеих превентивных функций.

О неэффективности частной превенции свидетельствует относительно постоянная доля рецидивной преступности. Именно на этом основании Т. Матисен провозгласил «кризис наказания»¹². И в России уровень рецидивной преступности относительно устойчив: за период 1987–2008 гг. — от 20,9% в 1994 г. до 29,1% в 2007 г. без выраженной тенденции.

Неэффективность общего предупреждения подтверждается динамикой преступности во всем мире (включая Россию): чем больше «предупреждаем» преступления путем наказания осужденных, тем больше совершается преступлений...

Что же касается «восстановления социальной справедливости», то это либо красивые слова, либо возвращение к принципу талиона: «око за око, зуб за зуб».

В результате то, на что прежде всего нацелено уголовное право (уголовный закон): *сокращение преступности* путем частной и общей превенции, а также достижение «социальной справедливости», — не срабатывает. *Цели и задачи уголовного законодательства в принципе не достижимы*. «Действующая в современных условиях система уголовного права... не способна реализовать декларированные цели, что во многих странах откровенно определяется как кризис уголовной юстиции»¹³.

Единственный реальный эффект — избежать совершения нового преступления тем лицом, которое находится в пенитенциарном учреждении. Но только пока оно там находится. Ибо из уголовно-исполнительных учреждений общество получает назад (во всяком случае — в условиях российской тюрьмы) либо того, кто и без лишения свободы не совершил бы нового преступления, либо человека озлобленного, искалеченного психически, а то и физически, утратившего навыки свободной жизни и готового к новым преступлениям. «Лица, в отношении которых было осуществлено уголовно-правовое насилие — вполне законно или в результате незаконного решения, образуют слой населения с повышенной агрессивностью, отчужденный от общества»¹⁴.

В чьих интересах устанавливается уголовный закон?

Хотя власти всех стран утверждают, что уголовный закон охраняет интересы *всех* граждан, в действительности он в первую очередь служит интересам правящей верхушки и лишь во вторую — интересам населения. В еще большей степени это относится к *правоприменению*. *Селективность* полиции и уголовной юстиции давно не является секретом.

Иначе говоря:

- в большинстве современных государств власть, режим (через законодательный орган) решает, что именно *здесь и сейчас* следует считать преступлением¹⁵;
- власть, режим определяет задачи, которые должно решать уголовное право (уголовный закон);

- власть, режим «рекомендует» законодателю структуру и объем деяний, подлежащих уголовному преследованию;
- власть, режим убеждают население — через СМИ, парламентские дебаты, выступления политиков — в целесообразности и полезности такого именно уголовного закона;
- власть, режим осуществляют через «правоохранительные» органы и уголовную юстицию «правильную» правоприменительную деятельность.

А как же «всеобщая» польза уголовного права? А так же, как равенство всех перед законом, гуманизм, справедливость и прочие красивые принципы российского (и не только) уголовного закона...

Кризис уголовного права, уголовного законодательства, наказания очевиден во всем мире. Об этом свидетельствуют, помимо многочисленных научных трудов¹⁶, сохранение смертной казни и столетние сроки лишения свободы в США. Об этом пишут немецкие правоведы¹⁷, иногда жестко ставя вопрос о несовместимости уголовного права с правами человека и гражданина¹⁸. Об этом очень корректно пишет в своей блестящей книге А.Э. Жалинский: «Необходимо выявить и правильно использовать механизм действующего уголовного права для достижения позитивных целей при обязательном уменьшении негативных последствий... Реализация уголовного закона может стать совершенно непереносимой для общества, заблокировав иные социальные процессы... Разумное снижение объема законного насилия может в большей степени обеспечить интересы страны... Наказание — это очевидный расход и неявная выгода... Следует учитывать хорошо известные свойства уголовного права, состоящие в том, что оно является чрезвычайно затратным и весьма опасным средством воздействия на социальные отношения»¹⁹.

Итак:

- преступность и преступление — социальные конструкты;
- они конструируются (в виде уголовного закона) прежде всего в интересах власти, режима;
- уголовное законодательство *вынужденно существует*, пока и поскольку общество не нашло иных адекватных средств защиты интересов общества и его граждан;
- уголовное законодательство нуждается в принципиальных изменениях с учетом признания *неэффективности наказания* и понимания *вынужденного* характера *его сохранения* (минимизация криминализируемых деяний; возможность применения лишения свободы только за тяжкие насильственные преступления совершеннолетних и т. п.);
- необходима реформа полиции (милиции), уголовной юстиции, уголовно-исполнительной системы, обеспечивающая выполнение новых требований уголовного закона.

Сноски:

1 См., например: Уголовное право России. Общая часть. Учебник / Под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. СПб ГУ, 2006. С. 11–15; Уголовное право России. Общая часть. Учебник / Под ред. Г. Л. Касторского, А. И. Чучаева. СПб.: МИЭП, 2009. С. 11–17.

- 2 Подробнее см.: Гилинский Я. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль. 2-е изд., перераб. и доп. СПб.: Юридический центр Пресс, 2009. С. 34–46.
- 3 Berger P., Luckmann T. *The Social Construction of Reality*. NY: Doubleday, 1966.
- 4 Barkan S. *Criminology: A Sociological Understanding*. New Jersey: Prentice Hall, Upper Saddle River, 1997; Caffrey S., Mundy C. (Eds.) *The Sociology of Crime and Deviance*. Greenwich University Press, 1995; De Keseredy W., Schwartz M. *Contemporary Criminology*. Wadsworth Publishing Co, 1996, pp. 45-51; Hester S., Eglin P. *A Sociology of Crime*. NY-L.: Routledge, 1992, pp. 27-46; Muncie J., McLaughlin E. (Eds.) *The Problem of Crime*. SAGE, 1996, p. 13.
- 5 Hess H., Scheerer S. Was ist Kriminalität? // *Kriminologische Journal*. 1997. Heft 2.
- 6 Hulsman L. *Critical Criminology and the Concept of Crime* // *Contemporary Crisis*. 1986. N 10, pp. 63-80.
- 7 Robinson M. *Why Crime? An Integrated Systems Theory of Antisocial Behavior*. NJ: Pearson Prentice Hall, 2004, p. 2.
- 8 Christie N. *A suitable Amount of Crime*. NY-L.: Routledge, 2004, pp. 10-11.
- 9 Christie N. *Ibid.*, p. 1.
- 10 Новые направления в социологической теории. М.: Прогресс, 1978. С. 97.
- 11 Экстремизм и другие криминальные явления / Под ред. А.И. Долговой. М.: ПКА, 2008. С. 220-224.
- 12 Mathiesen T. *The Politics of Abolition. Essays in Political Action Theory* // *Scandinavian Studies in Criminology*. Oslo-L., 1974.
- 13 Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен. Теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009. С. 31.
- 14 Там же. С. 18.
- 15 О роли политического режима см.: Гилинский Я.И. Девиантность, социальный контроль и политический режим // *Политический режим и преступность*. СПб., 2001. С. 39-65.
- 16 Albanese J. *Myths and Realities of Crime and Justice*. Third Edition. Apocalypse Publishing Co, 1990; Hendrics J., Byers B. *Crisis Intervention in Criminal Justice*. Charles C Thomas Publishing, 1996; Rotwax H. *Guilty. The Collapse of Criminal Justice*. NY: Random House, 1996; Young J. *The Vertigo of Late Modernity*. SAGE Publications, 2007.
- 17 Например: Sieber U. *Die Zukunft des Europäischen Strafrechts* // *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. B. 121, 2009.
- 18 Jescheck H.-H. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 4 Aufl. Berlin: Duncker und Humblot, 1988. S. 3.
- 19 Жалинский А.Э. Указ. соч. С. 9, 15, 18, 56, 68.

ГОЛОВКО Леонид Витальевич,
профессор кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора
юридического факультета МГУ, доктор юридических наук, профессор

РЕФОРМА ПОЛИЦИИ В КОНТЕКСТЕ МОДЕРНИЗАЦИИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

«Связь времен»... Как правило, это словосочетание несет позитивную нагрузку, обозначая разнообразные формы культурной преемственности, в частности в праве. Но случается и обратное, когда навязчивая связь со «старыми временами» подчас становится тормозом развития, превращаясь не столько в позитивный, сколько в абсолютно негативный фактор. Именно с такой ситуацией мы нередко сталкиваемся в отечественной правовой сфере, интеллектуально выстроенной под решение совершенно иных институциональных задач, имеющих мало общего с российской реальностью XXI столетия. Не является исключением и уголовный процесс. Все более и более увеличивающийся разрыв между реальными институциональными потребностями и устаревшей теоретической «оболочкой» в значительной мере объясняет почти все уголовно-процессуальные проблемы и неудачи последних лет.

Если сосредоточится только на предварительном производстве, то представляется, что основной задачей по его реформированию является преодоление ряда концептуальных деформаций, оставшихся в наследство от советских времен. Не изжив некоторых концептуальных противоречий «советского наследия», российская система уголовной юстиции вряд ли сможет рассчитывать на вхождение в круг так называемых развитых правопорядков, что, надеемся, является одной из глобальных целей отечественной правовой политики. В противном случае любые реформы будут либо иметь сугубо «косметический» характер, либо вовсе усугублять имеющие место в настоящее время недостатки, способные привести к полномасштабному кризису. Здесь надо четко решить: собирается ли российский законодатель в ближайшее десятилетие подвергнуть систему уголовной юстиции подлинной модернизации или его устроит оставление ее еще на много лет в затянувшемся «переходном состоянии»? Ясно также, что без отказа от некоторых концептуальных постулатов советской уголовно-правовой и уголовно-процессуальной доктрины, невольно унаследованных доктриной постсоветской, гипотетическая модернизация нереальна и недостижима. Иначе говоря, необходимо прежде всего *реформировать* то, что оказалось исторически *деформированным* по независящим от современного законодателя причинам.

В последнее время в центре общественного внимания оказалась реформа МВД, повлекшая появление проекта закона о полиции, которому в ближайшем будущем, по-видимому, предстоит стать полноценным законом. На первый взгляд речь идет о сугубо организационной реформе, не затрагивающей уголовно-процессуальные основы. Но это ошибочное

представление. Нельзя реформировать старо-новую милицию-полицию, не нормализовав при этом теорию уголовно-полицейской деятельности, т.е. не приведя ее в соответствие с современными научно-теоретическими стандартами. В противном случае любые попытки реформирования обречены на исключительно «косметический характер» — их и реформой-то назвать нельзя. В то же время теория уголовно-полицейской деятельности была в советское время утрачена, т.е. здесь требуется не сохранение «связи времен», а ее реставрация, что является значительно более сложной задачей.

При проведении любых реформ следует прежде всего учитывать, что деятельность по борьбе с преступностью есть деятельность по своей природе **полицейская** независимо от того, каким конкретно ведомством она осуществляется. При этом до совершения преступления (правонарушения) полиция, на которую возложена функция поддержания общественного порядка (патрулирование улиц и т.д.), действует исключительно как полиция *административная*, подчиняясь правилам и нормам административного права. Впрочем, проблемы административной полиции выходят за рамки данной статьи. Отметим лишь, что административная полиция, действуя в отсутствие каких-либо данных о совершении преступления, имеет дело исключительно с гражданами, презюмируемыми добропорядочными, в силу чего принципиально лишена права применять в их отношении какое-либо принуждение, исключая в некоторых случаях контроль документов. Столкнувшись с гипотетическим преступлением (правонарушением) и усмотрев основания для привлечения определенного лица (лиц) к уголовной ответственности, полиция автоматически превращается в полицию *уголовную*, функционирующую исключительно **после** совершения преступления (правонарушения), включая преступления неоконченные и преступления с так называемыми формальными составами (организация банды и т.п.)¹.

Крайне важно понять, что реформа полиции может привести к преодолению советского наследия и подлинной модернизации, только если будет одновременно рассматриваться как реформа **уголовной полиции**, а вместе с ней и всего предварительного производства в уголовном процессе. При этом реформаторам необходимо сначала **концептуально унифицировать** уголовно-полицейскую деятельность на институциональном, процессуальном и материально-правовом уровнях для того, чтобы затем иметь возможность на тех же уровнях **технически дифференцировать** эту деятельность.

I. Концептуальная унификация уголовно-полицейской деятельности

1) *Необходимость концептуальной унификации уголовно-полицейской деятельности на институциональном уровне*

Система уголовной юстиции (ее государственный сегмент) должна строиться вокруг разграничения функций трех институциональных элементов: полиции, прокуратуры и суда. Разграничение их функций отражает на уголовно-процессуальном уровне более глобальную идею разделения властей.

Полиция может столкнуться с фактом преступной деятельности в трех случаях: а) обнаружив его непосредственно в ходе деятельности по поддержанию общественного порядка (при выполнении функций административной полиции); б) получив жалобу потерпевшего или сообщение о преступлении иных лиц; в) действуя на основании указания

прокурора. В любой из названных ситуаций она вправе лишь собирать о преступлении доказательства и задерживать подозреваемого на несколько часов (десятков часов) на месте преступления. При этом уголовно-полицейская деятельность несовместима по своей природе с юридической оценкой (квалификацией) преступного деяния и применением иных мер процессуального принуждения. Иначе говоря, представитель полиции не может принимать никаких процессуальных решений, связанных с официальной уголовно-правовой квалификацией преступного деяния. Его задачей является лишь собрать доказательства в такой форме, которая в дальнейшем будет признана допустимой судом. В такой ситуации начало уголовно-полицейской деятельности определяется лишь фактом регистрации сообщения о преступлении и не требует никаких «решений о возбуждении уголовного дела», корни которых восходят к советским нормативно-правовым актам 30-х годов XX века² и попыткам ввести подобным способом в определенное русло неуправляемую волну сталинских репрессий. Несовместимость уголовно-полицейской деятельности с официальной юридической оценкой деяния (в виде возбуждения уголовного дела, привлечения в качестве обвиняемого и т. д.) и применением каких-либо мер уголовно-процессуального принуждения, кроме кратковременного полицейского задержания, а также необходимость собирать доказательства в форме, устраивающей в дальнейшем суд, есть достаточные и естественные гарантии от полицейского произвола.

В такой ситуации прокуратура должна выступать в виде «фильтра», отделяющего полицию от суда. Именно прокурор, получая от полиции доказательства, дает деянию юридическую оценку и решает вопрос о возбуждении перед судом уголовного преследования или прекращении дела. Не вдаваясь в детали, прокурорская деятельность отличается от полицейской тем, что квинтэссенцией первой является «юридизация уголовного преследования» (квалификация преступного деяния, принятие решения о дальнейшем движении уголовного дела и т. д.), тогда как вторая сводится к сбору сугубо доказательственной информации.

Задачей суда является в такой ситуации не только разрешение уголовного дела на основании выдвинутого прокурором обвинения, но и принятие в порядке судебного контроля решений о применении мер процессуального принуждения и совершении действий, сопряженных с ограничением прав личности, в ходе досудебного производства, т. е. при проведении уголовно-полицейской деятельности (арест как мера пресечения, наложение ареста на имущество, обыск в жилище, прослушивание телефонных переговоров и т. д.).

Советская правовая система, не признававшая разделение властей, полностью смешала на концептуальном уровне полицейскую и судебную деятельность, наделив полицию прокурорскими и судебными по своей сути функциями. Полиция стала юридически оценивать деяние, принимать решение о движении уголовного дела, применять меры процессуального принуждения и т. д. Наделив полицию несвойственными ей функциями, советское право подменило на теоретическом уровне институциональное разграничение полиции, прокуратуры и суда *псевдопроцессуальной* дифференциацией разного рода «следователей» и «дознателей», «начальников следственного отдела» и «органов дознания», «оперативно-розыскных служб» и «органов расследования». На этом основании, к слову, возникли многочисленные неустрашимые противоречия между «процессуальной самосто-

ятельностью следователя» и ведомственным иерархическим контролем, между правом разрешать уголовно-правовой спор по существу (например, прекращая уголовное дело за отсутствием состава преступления) и сугубо полицейским (милицейским) статусом лица, его разрешающего, и т. д. Любые попытки подобной псевдопроцессуальной дифференциации приводят к теоретическому и практическому тупику. Как бы ни назывался тот или иной представитель полиции (следователь, дознаватель и т. д.), он вправе осуществлять исключительно уголовно-полицейскую деятельность со всеми теми генетическими ограничениями, которые отмечены выше.

Целью институциональных реформ должно являться избавление от советской по происхождению псевдопроцессуальной дифференциации представителей полицейских ведомств, что приводит к гипертрофированной роли полицейского в чине «следователя» или «дознавателя» и наделению его прокурорскими или судебными функциями. На институциональном уровне концептуально нет и не должно быть ни «органов следствия», ни «органов дознания» — есть лишь органы уголовной полиции. В этом смысле идея создания единого «следственного комитета» должна оцениваться исключительно через призму наличия технической необходимости создания нового полицейского ведомства или отсутствия таковой. Ничем другим, кроме как «полицейским ведомством», следственный комитет быть не может, что и доказали, например, казахстанские реформы середины 1990-х годов или определенный теоретический тупик развития современного российского Следственного комитета при Прокуратуре РФ с его совершенно «загадочной» институциональной природой.

2) Необходимость концептуальной унификации уголовно-полицейской деятельности на процессуальном уровне

Отмеченные институциональные проблемы советского происхождения не могут не сказываться на сугубо процессуальном уровне, приводя к очередным системным изъянам, от которых необходимо избавляться.

С одной стороны, отвергнув четкое разграничение функций полиции, прокуратуры и суда, советское право подменило отделение друг от друга полицейской и судебной деятельности совершенно искусственным разделением между деятельностью «процессуальной» и деятельностью «непроцессуальной». Иначе говоря, граница была проведена не там, где ей надлежит быть. В результате постсоветская попытка легализовать так называемую непроцессуальную деятельность привела к появлению особого феномена — оперативно-розыскной деятельности. Последняя стала «омывать» якобы рафинированную процессуальную деятельность, имеющую место только после пресловутого «возбуждения уголовного дела».

С другой стороны, в рамках «процессуальной деятельности» возникло не менее искусственное концептуальное разграничение между предварительным следствием и дознанием, которым чаще всего занимаются одни и те же полицейские органы и которые едины по целям и процессуальным средствам. При этом все попытки теоретически обосновать подобный «параллелизм» потерпели неудачу, что совершенно закономерно.

Любые реформы должны исходить из **процессуального единства** уголовно-полицейской деятельности, как бы она ни называлась. В развитых правовых порядках уголовно-полицейская деятельность «процессуализируется» через понятие **полицейского дознания**, охватывающего отечественные «предварительное следствие», «дознание» и «ОРД». Поли-

цейское дознание может включать набор самых разнообразных действий по собиранию доказательств совершенного преступления, включая те действия, которые предусмотрены Законом об оперативно-розыскной деятельности. Рамки дознания ограничены не искусственными формальными «процессуальными решениями», а сущностным пониманием того, что речь идет о деятельности *полицейской*, основанной на институциональном генетическом отделении друг от друга функций полиции, прокуратуры и суда со всеми вытекающими отсюда последствиями (см. выше). При этом даже если отечественное дознание будет называться «предварительным следствием» (что возможно и является лишь выбором наиболее удобной терминологии), то такое «предварительное следствие» также останется деятельностью не более чем полицейской. Что касается «оперативно-розыскной деятельности», то нет и не может быть никаких оснований для ее регулирования на уровне автономного закона и рассмотрения в качестве деятельности «непроцессуальной». Соответствующие положения оперативно-розыскного законодательства должны быть в такой ситуации инкорпорированы в УПК, что, собственно, имеет место уже во всех странах континентального права (от Франции до Словении), где они известны под наименованием «специальные меры расследования»³.

3) *Необходимость концептуальной унификации уголовно-полицейской деятельности на материально-правовом уровне*

На материально-правовом уровне российская правовая система унаследовала присущий еще советскому праву дуализм двух форм нарушений закона, являющихся основанием для применения публично-правовой государственной репрессии: *уголовных преступлений* и так называемых *административных правонарушений*. Сам по себе подобный дуализм не является сугубо «советским» явлением — он известен и во многих других странах (Германия, Италия и т. д.). Однако специфика советского подхода, отличающая его от названных стран и унаследованная современной Россией, заключается в отсутствии следующего шага: сведении уголовных преступлений и административных правонарушений в единое концептуальное целое, т. е. в некое *уголовное право в широком смысле*, где действуют идентичные принципы и подходы. На этом, в частности, давно настаивает Европейский суд по правам человека, разработавший теоретическую конструкцию «уголовно-правовой сферы» (англ. *penal matter*, фр. *matière pénale*)⁴.

Отечественная правовая система не должна более развивать теорию «административных правонарушений» как института административного права, якобы не имеющего отношения к уголовному праву. В противном случае деформация нашей правовой системы будет только усиливаться. В полицейской сфере данная деформация проявляется в неоправданном дублировании полномочий полиции — возникновении «уголовно-процессуального задержания» и «административного задержания», «уголовно-процессуального обыска» и «административного досмотра» и т. д. На самом деле может быть только одно «задержание» и один «обыск» как реакция на противоправное поведение, требующее жесткого или не слишком жесткого государственного наказания (от штрафа до пожизненного лишения свободы). Как мы уже отмечали, разграничение функций административной и уголовной полиции происходит по другому критерию: в зависимости от того, действует ли она до совершения преступления в целях предупреждения нарушений закона (превентивно) или

после их совершения в целях привлечения виновных к ответственности (репрессивно). В такой ситуации, какие бы прилагательные мы не добавляли к слову «правонарушение» (административное, налоговое, дисциплинарное и т. д.), полицейская реакция на них есть реакция репрессивная, т. е. уголовная.

На концептуальном уровне необходимо в кратчайшие сроки унифицировать все деяния, требующие государственной репрессии, сведя их в единое «уголовное право в широком смысле». Результатом такой материально-правовой унификации неизбежно должно стать реформирование уголовно-репрессивной полицейской деятельности. Любая реакция полиции на любое нарушение закона, подпадающее под уголовное право в широком смысле, включающее административные правонарушения, может осуществляться только в форме *полицейского дознания* и сводиться к собиранию доказательств. Единственной мерой принуждения, которую полиция вправе применять без судебного решения, должно остаться исключительно кратковременное задержание на месте преступления (правонарушения), регулируемое уголовно-процессуальным законом.

II. Техническая дифференциация уголовно-полицейской деятельности

1) *Возможность технической дифференциации уголовно-полицейской деятельности на институциональном уровне*

Единое понимание полиции, необходимое для ее функционального отделения от прокуратуры и суда, **не означает**, что с точки зрения государственного аппарата полицейские функции должно выполнять только какое-то одно ведомство. Этого фактически нет ни в одной стране мира, хотя, как правило, центральная роль здесь принадлежит МВД, обладающему так называемой общей компетенцией, т. е. компетенцией по остаточному принципу. Вряд ли российской правовой системе имеет смысл от данного постулата отказываться. Но с предметной точки зрения оптимизация деятельности исполнительной власти вполне допускает наделение полицейскими функциями при расследовании отдельных преступлений (государственных, таможенных, налоговых, связанных с распространением наркотиков и т. д.) и других ведомств. Решение об этом есть решение не столько юридическое, сколько сугубо *управленческое*. Именно управленческая целесообразность и административная эффективность создают возможность для технической дифференциации уголовно-полицейской деятельности на институциональном уровне.

Но с правовой точки зрения важно другое: какое бы ведомство ни было наделено функциями по расследованию преступлений, оно в любом случае остается лишь элементом общего понятия «полиции». Его полномочия в такой ситуации остаются полномочиями *полицейскими* и не могут выходить за очерченные выше пределы уголовно-полицейской деятельности. Как уже отмечалось, здесь ничего не изменится даже в том случае, если управленческая целесообразность приведет к созданию единого следственного комитета (он все равно останется не более чем полицейским ведомством)⁵.

Борьба за «следственные аппараты», отражающая институциональную деформацию советского происхождения, должна уйти в прошлое и быть заменена спокойным обсуждением другого вопроса: какие ведомства следует наделить уголовно-полицейскими функциями?

2) *Возможность технической дифференциации уголовно-полицейской деятельности на процессуальном уровне*

Единое процессуальное понимание уголовно-полицейской деятельности также не означает невозможность ее дифференции в сугубо техническом аспекте. Более того, такая дифференциация фактически неизбежна. Может она отражаться и на терминологическом уровне.

Ясно, что процессуальный режим полицейского расследования (дознания) должен зависеть от тяжести гипотетического наказания за то или иное нарушение закона.

По самым «мелким» делам, охватывающим прежде всего нынешние «административные правонарушения», уголовно-полицейская деятельность может ограничиваться протоколированием нарушения закона, фиксацией свидетелей (если они есть) и доставлением (вызовом) лица в суд. В принципе современные развитые правовые порядки часто предусматривают (имея в виду, главным образом, нарушения ПДД) и право сотрудника полиции предложить правонарушителю непосредственно исполнить наказание «на месте», но только при трех условиях: 1) если речь идет о наказании в виде штрафа (без лишения водительских прав и т. д.); 2) если размер штрафа заранее для этого установлен законом и не подлежит индивидуализации сотрудником полиции; 3) если штраф уплачивается правонарушителем добровольно (в случае отказа обязательной является судебная процедура).

По более серьезным делам полицейское расследование также может быть дифференцировано по срокам, набору возможных действий по собиранию доказательств, режиму кратковременного задержания и т. д. Иными словами, концептуальная унификация уголовно-процессуальной деятельности, необходимая для установления *пределов* прав полиции в рамках уголовного процесса, не исключает всевозможных вариантов технической дифференциации (создания более сложных и более простых процессуальных режимов) *внутри этих пределов*.

3) *Возможность технической дифференциации уголовно-полицейской деятельности на материально-правовом уровне*

Создание концептуально единого «уголовного (репрессивного) права в широком смысле» опять-таки оставляет возможность для технической дифференциации различных категорий преступлений и (или) правонарушений. Обозначение каждой из этих категорий есть вопрос сугубо терминологический.

Критерием материально-правовой дифференции, без которой, к слову, затруднительно и почти невозможно провести дифференциацию процессуальную, должна служить *тяжесть уголовной репрессии* или, иначе говоря, *вид и размер* потенциального наказания.

Отдельную группу должны составить правонарушения, наказуемые исключительно штрафом. При этом вовсе не обязательно включать положения о них в Уголовный кодекс. Они могут быть кодифицированы на уровне отдельного законодательного акта, за основу которого может быть взят нынешний КоАП. Но в такой ситуации Уголовный кодекс не должен рассматриваться в качестве единственного источника уголовного права. Принципиально важно понимать, что уголовно-полицейская деятельность осуществляется независимо от того, идет ли речь о нарушении УК или о нарушении любой другой нормы, установленной под страхом государственной репрессии (пусть даже в виде штрафа и т. д.).

Что касается технической материально-правовой дифференциации остальных нарушений уголовного закона (нынешних «преступлений» в узком смысле), то этот вопрос принципиально решен в действующем российском уголовном законодательстве в рамках института «категорий преступлений». Возможная оптимизация его решения не относится к предмету данной статьи.

В целом реформа полиции окажется эффективной лишь в том случае, если она будет проводиться на основе **унифицированного** понимания «нарушения закона, заслуживающего применение государственной репрессии» (материально-правовой уровень), «полицейского дознания (расследования)» (процессуальный уровень) и «полиции» (институциональный уровень). Только выработав данное унифицированное понимание, имеет смысл затем приступить к сугубо технической дифференции уголовно-полицейской деятельности на всех трех названных и абсолютно взаимосвязанных уровнях. Без этого подлинная модернизация российской правовой системы вряд ли достижима.

Сноски:

- 1 Во французской юридической теории ставшее классическим разграничение административной и судебной (уголовной) полиции именуется «полицейской дихотомией» (Decocq A., Montreuil J., Buisson J. *Le droit de la police*. Paris. Litec. 2 éd. 1998. P. 80; здесь же см. подробнее о теоретическом разграничении административной и судебной полиции во Франции, причем о разграничении не организационном (полицейский корпус един), а сугубо функциональном (P. 80–91)).
- 2 См., например, извлечение из Циркуляра Прокурора СССР от 5 июня 1937 г. № 41/26, приведенное в работе: Гаврилов Б. Я. Правовое регулирование защиты конституционных прав и свобод личности в уголовном судопроизводстве. М., 2004. С. 488.
- 3 См. также на общеевропейском уровне Рекомендацию (2005)10 Комитета министров государств — членов Совета Европы о специальных мерах расследования в связи с совершением тяжких преступлений, включая акты терроризма, от 20 апреля 2005 г. (в тексте данной Рекомендации «специальные меры» рассматриваются как неотъемлемый элемент системы уголовной юстиции, а не некое автономное образование в виде «оперативно-розыскного права»).
- 4 Теория «уголовной сферы» (она же «уголовное право в широком смысле») давно уже стала предметом интереса не только Европейского суда по правам человека, но и западной юридической науки, изучающей так называемое административно-уголовное право. Этому, в частности, был посвящен еще 14-й Венский Конгресс авторитетнейшей Международной ассоциации уголовного права (2–7 октября 1989 г.), выработавший соответствующие теоретические Рекомендации (см.: *Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926–2004)*) // *Nouvelles études pénales*. 2009. № 21. Toulouse. 2009. P. 129–148.
- 5 Единственной теоретической альтернативой полицейской природе следственных органов является наделение последних судебным статусом (известная французская система «следственного судьи»), т. е. в таком случае статус следователя не понижается до уровня полицейского, а повышается до уровня судебного. Здесь мы получаем другую модель предварительного производства, где полицейское дознание сосуществует с судебным предварительным следствием. Строго говоря, проблемы с институциональной природой современного российского следователя связаны с тем, что он унаследовал от дореволюционного российского судебного следователя соответствующие судебские функции (французская система), но организационно стал входить в систему полицейско-прокурорских ведомств, превратившись из судьи в полицейского. Это самое фундаментальное противоречие российской системы уголовной юстиции.

ИЛЛЮМИНАТИ Джулио,

глава департамента юридических наук юридического факультета

Болонского университета (Италия),

доктор юридических наук, профессор

ПОСТРОЕНИЕ СОСТЯЗАТЕЛЬНОЙ МОДЕЛИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА В ИТАЛИИ¹

1. В 1988 г. в Италии вступил в силу новый Уголовно-процессуальный кодекс, который обнаруживает явное отступление от инквизиционного процесса, свойственного странам континентального права, и делает решительный шаг навстречу состязательному процессу, исторически зафиксированному в странах общего права. Лейтмотивом Кодекса является принцип спора сторон, в соответствии с которым основанием для принятия судебного решения могут быть только доказательства, представленные в открытом судебном разбирательстве, а также возможность проведения перекрестного допроса. Этот порядок отличается от инквизиционного, где решение по делу принимается на основе протокольных записей о доказательствах, собранных в ходе предварительного расследования ответственным магистратом в одностороннем порядке и в обстановке секретности.

В этой связи существенное значение приобретает выбор наиболее оптимального метода принятия судебного решения. Достоверной признается итоговая оценка только тех сведений, которые представлены в ходе спора сторон, каждая из которых пытается убедить председательствующего судью в истинности своей позиции. Однако одного заслушивания позиций обеих сторон в судебном заседании явно недостаточно. Если предметом спора являются доказательства, собранные вне суда, то спор будет сводиться лишь к анализу имеющих доказательственное значение сведений, полученных в ходе предварительного расследования. В этом случае задачей спора не будет установление относящихся к делу фактов. Напротив, сторонам должно быть предоставлено право активно участвовать в судебном споре, когда собрано достаточно доказательств для принятия соответствующего решения.

Действующий Кодекс упразднил следственного судью, и ответственность за предварительное расследование возлагается в настоящее время исключительно на прокурора; он же принимает решение об утверждении обвинительного заключения. Стадия предварительного расследования и стадия судебного разбирательства выполняют различные функции; сведения, полученные в ходе расследования, уже не могут быть использованы в качестве доказательств в процессе принятия окончательного решения. В судебном заседании запрещено оглашать протоколы следственных действий, за исключением тех случаев, когда свидетель по тем или иным причинам не может дать показания в суде. Стороны имеют свободный доступ к материалам уголовного дела, председательствующий же таким правом не обладает.

Если в ходе предварительного расследования возникает необходимость собрать доказательства до вынесения соответствующего постановления, вследствие риска их утраты

до начала судебного разбирательства, прокурор и обвиняемый вправе ходатайствовать о передаче их судье заблаговременно. В этом случае протоколы следственных действий будут переданы в суд первой инстанции, о чем должна быть сделана запись в протоколе судебного заседания, и они могут быть приняты во внимание при вынесении соответствующего решения.

В судебном разбирательстве господствует принцип устности, и доказательства представляются посредством перекрестного допроса, который строится по англо-американскому образцу. Стороны в принципе вправе использовать сведения, содержащиеся в материалах уголовного дела, но только в том случае, если необходимо оспорить правдивость свидетельских показаний.

Характерным признаком состязательности является разделение функций между судьей и прокурором, что имеет существенное значение для реализации принципа спора сторон надлежащим образом. Справедливое судебное разбирательство предполагает, что судья независим от сторон. Чтобы сохранить свой нейтралитет, он не может быть участником процесса, который либо выдвигает гипотезу о виновности подсудимого в связи с подозрением в совершении преступного деяния, либо несет ответственность за собирание уличающих доказательств. Именно поэтому полномочием собирать доказательства на стадии предварительного расследования наделен исключительно прокурор, а судья может участвовать в этой стадии только по ходатайству сторон.

Разделению функций сопутствует разделение стадий процесса, который выступает в качестве структурного столба. Как указывалось выше, тип производства, примыкающий к инквизиционному, характеризуется тем, что судебное разбирательство является продолжением стадии предварительного расследования, при этом результатам расследования придается решающее значение в судебном разбирательстве; напротив, характерное для состязательного типа соблюдение в полном объеме принципов устности и непосредственности, а также спора сторон требует четкого отделения стадии судебного разбирательства, когда уже собраны все доказательства, от стадии предварительного расследования. Если протоколы следственных действий имеют равный процессуальный статус с доказательствами, полученными устно в судебном разбирательстве, то реализация вышеуказанных принципов будет в значительной степени иллюзорной, и система утратит свою последовательность. Лишь в исключительных случаях, однако, председательствующий вправе принимать во внимание доказательства, не исследованные в суде.

Без разделения стадий прокурор может определить заранее, по своей инициативе, вне судебного спора, какие доказательства должны быть представлены для принятия желаемого решения, что превращает прокурора в установителя фактов. Равновесие функций судьи и прокурора достигается за счет того, что полномочия, которыми наделен прокурор на стадии предварительного расследования, должны признаваться не относящимися к делу в рамках судебного разбирательства; в противном случае окончательное решение будет в значительной степени решением одной стороны.

Принцип разделения стадий можно проиллюстрировать на примере протоколов следственных действий. Они не передаются судье, а остаются в материалах уголовного дела у прокурора и только в распоряжении сторон. В судебном заседании сторонам разрешается

использовать результаты следственных действий, но только в том случае, если необходимо поставить под сомнение достоверность свидетельских показаний. Председательствующий может принять во внимание заявления, сделанные вне судебного разбирательства, чтобы оценить, насколько свидетелю можно доверять, однако председательствующий не вправе основывать свое решение на этих заявлениях.

Следует, однако, иметь в виду, что слишком строгое разделение стадий зачастую влечет за собой лишение возможности доказать фактические обстоятельства дела, особенно если учесть, что между расследованием и судебным разбирательством обычно проходит большой промежуток времени. Доказательства необходимо собирать, рискуя их утратой на стадии расследования и соблюдая принцип спора сторон. Более того, оглашение и использование протоколов следственных действий при принятии решения должно иметь место всякий раз, когда доказательство не может быть представлено в судебном разбирательстве в силу непредвиденных обстоятельств и не может быть исследовано в ходе перекрестного допроса. Подобным образом в случае, если на свидетеля, вызванного для дачи показаний в судебном разбирательстве, было оказано незаконное воздействие с целью склонить его к отказу от дачи показаний или сделать ложное заявление, ранее сделанные этим свидетелем противоречивые показания могут быть признаны допустимыми в качестве доказательства, а не для того, чтобы поставить под сомнение письменные заявления.

2. Следует отметить, что итальянский уголовный процесс характеризуется рядом признаков, заимствованных из континентальной системы права. Эти признаки отличают его от англо-американского состязательного процесса.

В англо-американской модели существенное значение имеет пассивность председательствующего судьи, которая помогает ему сохранять роль арбитра в споре сторон. Эта модель была задумана для того, чтобы превратить судебное разбирательство в средство улаживания конфликтов, что напоминает процедуру рассмотрения гражданских дел. Такая концепция чужда системам стран континентальной Европы, которые проводят четкую грань между гражданским и уголовным судопроизводством и в которых уголовное судопроизводство выступает инструментом государства по обеспечению проведения в жизнь уголовной политики. С точки зрения континентальных юристов, судья, участвующий в рассмотрении уголовного дела, несет ответственность за установление фактов. Ориентируясь на положение о том, что судья обязан установить истину по делу, УПК Италии наделяет его правом представить доказательства при невозможности разрешить дело, основываясь только на тех доказательствах, которые были исследованы в суде. В этом случае судья вправе либо представить доказательства в одностороннем порядке, либо попросить стороны представить доказательства, касающиеся доказывания конкретных обстоятельств дела. Указанное право председательствующий может реализовать только после того, как обе стороны представили свои доказательства.

Некоторые различия обусловлены формой организации процесса. В Италии, например, дело по существу рассматривает коллегия, состоящая из профессиональных судей, или же смешанная коллегия (*Corte d'Assise*), состоящая из двух профессиональных судей и шести непрофессионалов, которые совместно выносят решение как по вопросам факта, так и права. В Италии не существует независимой от судей коллегии присяжных за-

седателей, которая разрешает вопросы о фактической стороне дела, перед которой устно исследуются доказательства, причем устным показаниям отдается большее предпочтение, чем письменным доказательствам, и которая требует защиты от возможного негативного влияния недопустимых или недостоверных доказательств. Вместо обращения к присяжным заседателям с напутственным словом профессиональные судьи могут обсуждать любой вопрос с судьями-непрофессионалами. Профессиональные судьи имеют юридическое образование, а также обладают достаточным опытом оценки доказательств, что должно сводить к минимуму количество допускаемых ими ошибок при осуществлении правосудия; в то же время они могут повлиять на окончательное решение, принимаемое смешанной коллегией, что часто и происходит на практике.

В то время как коллегия присяжных заседателей не обязана логически обосновывать вердикт, в Италии, согласно Конституции, все суды обязаны изложить в письменном виде мотивы принятого ими решения. С одной стороны, перечисление оснований для принятия того или иного решения требует участия профессионального судьи во всех делах, включая дела, рассматриваемые смешанной коллегией. С другой стороны, обоснованное судебное решение позволяет апелляционной инстанции контролировать как оценку доказательств, так и исключение доказательств, признанных судом недопустимыми.

Однако основное отличие от англо-американского состязательного процесса заключается в наличии принципа «обязательного преследования». «Дискреционное преследование» предоставляет прокурору широкие полномочия контролировать судебное разбирательство, начиная с того момента, когда принимается решение о направлении дела в суд, и заканчивая правом полностью отказаться от обвинения. «Обязательное преследование», напротив, требует осуществления судьей постоянного контроля над деятельностью прокурора, решения которого никогда не являются обязательными для судьи. Так, судья может признать подсудимого виновным, в то время как прокурор ходатайствует об оправдательном приговоре; судья может назначить более строгое наказание, чем то, о котором просит прокурор; или же судья может изменить квалификацию, если инкриминируемое деяние подпадает под признаки иного состава преступления.

Особые порядки судопроизводства, такие как сделка о признании виновности или примирительные процедуры, которые оканчивают производство по делу, минуя стадию судебного разбирательства, и которые нацелены на то, чтобы освободить судей от большого количества дел и тем самым сэкономить судебное время, отражают эту динамику. Сделка о признании виновности — основной инструмент разгрузки английских судов и в еще большей степени — американских. Поскольку состязательное судебное разбирательство требует больших денежных и временных затрат, обе системы нуждаются в средствах, позволяющих разрешить большинство дел в упрощенном и ускоренном порядке. В Италии с недавнего времени была введена процедура, известная под названием «обозначение наказания по ходатайству сторон», равно как и другие упрощенные примирительные процедуры. Однако принцип «обязательного преследования» препятствует реальному внесудебному соглашению между обвиняемым и прокурором. «Обязательное преследование» требует в любом случае оценки по существу, данной судьей, а также контроля над содержанием соглашения с точки зрения соблюдения законности.

3. В состязательном процессе обязанность начать расследование по уголовному делу возлагается на прокурора. Процессуальные действия на стадии расследования производятся, главным образом, прокурором, а также полицией под руководством прокурора. На этой стадии процесса судья (судья на стадии предварительного расследования) принимает участие только в исключительных случаях, когда имеет место незаконное ущемление прав и свобод гражданина. В этом случае, однако, судья не осуществляет надзор за расследованием; он принимает участие только в связи с конкретными действиями по ходатайству сторон (обычно по ходатайству прокурора).

Предоставляя прокурору гарантии независимости, Конституция Италии предписывает полиции, расследующей уголовное дело, действовать под непосредственным руководством прокурора, даже несмотря на то что полиция с административной точки зрения относится к органам исполнительной ветви власти. Как только поступило сообщение о совершенном преступлении, полиция обязана немедленно сообщить об этом прокурору. Теоретически полиция частично зависит от прокурора лишь на первых стадиях расследования, до тех пор пока прокурор не принял дело к своему производству. Согласно положениям Кодекса, после сообщения прокурору информации о совершенном преступлении полиция действует под руководством прокурора, который наделен полномочием поручить полиции производство определенных следственных действий, таких как вызов и допрос подозреваемых, свидетелей и потерпевших; или же прокурор может дать иные обязательные для исполнения указания. Полиция обязана незамедлительно информировать прокурора о произведенных действиях, а также об их результатах. Однако, проверяя сообщение о преступлении, а также в ходе производства следственных действий на месте преступления полиция вправе действовать самостоятельно, без указаний прокурора. На практике полиция по своему усмотрению широко использует полномочия при расследовании дел о преступлениях небольшой и средней тяжести. При обычном расследовании таких дел прокурор осуществляет лишь формальный надзор за действиями полиции. Фактически полиция действует по своему плану, а к прокурору обращается с ходатайством выдать ту или иную санкцию. Только в делах о тяжких преступлениях прокурор осуществляет реальный надзор за деятельностью полиции, являясь фактическим руководителем хода расследования.

Как указывалось выше, лучшим средством уравнивания полномочий, переданных прокурору и полиции на стадии расследования, является признание результатов следственных действий не относящимися к делу в судебном разбирательстве. Неотносимости сведений, полученных в ходе предварительного расследования, придается гораздо более важное значение, чем присутствию на стадии расследования судьи, наделенного следственными полномочиями (что имеет место во многих странах континентального права и как было в Италии до начала реформы 1988 г.). Это происходит вследствие того, что обязанность собирать доказательства неизбежно вызывает предубеждение у судьи, независимо от того, каким нейтральным он может быть теоретически, постигая истину по делу. Кроме того, если расследование проводит судья-следователь, в отношении которого действует презумпция беспристрастности, полученные сведения с большой долей вероятности будут оказывать влияние на судью, который рассматривает дело по существу, если этот судья ознакомился с протоколами следственных действий.

Необходимо отметить, что итальянские прокуроры обладают квазисудебным статусом, поскольку принадлежат к судебной ветви власти, и им предоставлены те же гарантии независимости, что и судьям. На должность они избираются по результатам одного и того же конкурсного экзамена; будучи назначенными, они могут занимать должность как судьи, так и прокурора. Официальная задача прокурора — осуществлять надзор за соблюдением законов и участвовать в отправлении правосудия надлежащим образом, а не добиваться признания любого подсудимого виновным или назначения ему самой строгой меры наказания. В этой связи, согласно положениям Кодекса, на прокурора возлагается обязанность проводить расследование, в том числе и в пользу подозреваемого, а также собирать оправдывающие доказательства. Кроме того, защитник вправе ходатайствовать перед прокурором о производстве дальнейших следственных действий, даже несмотря на то что прокурор не обязан выполнять просьбу, если он не видит оснований для их производства.

В любом случае конечная цель — выдвинуть обвинение против подсудимого и поддержать обвинение в судебном разбирательстве — может побудить прокурора изъять доказательства, подтверждающие его собственную интерпретацию фактов. Другими словами, прокурор может быть настолько предубежден так называемым тоннельным видением, которое свойственно ему при подготовке материалов уголовного дела, что доказательства, ставящие под сомнение изначальную ориентацию не в пользу подозреваемого, обычно не принимаются во внимание.

В целях реализации принципа равенства сторон в ходе предварительного расследования, а также права обвиняемого давать показания, действующий Кодекс предусматривает право защитника проводить параллельное расследование, хотя и без применения мер процессуального принуждения. В частности, защитник вправе общаться с лицами, которым могут быть известны сведения, относящиеся к обстоятельствам, при которых было совершено преступление, а также попросить их сделать заявление. Поскольку обязанности делать такое заявление не существует, в случае отказа защитник может ходатайствовать перед прокурором или судьей о вызове этих лиц на допрос, и это ходатайство должно быть удовлетворено. Если свидетель согласен общаться с защитником, его заявления могут быть зафиксированы с помощью тех же средств, какие использует прокурор или полиция. Или же свидетель может сделать письменное заявление, в котором он описывает известные ему факты. Записи, отражающие расследование, проведенное защитником, включая собранные им заявления, могут быть использованы в судебном разбирательстве (или в итоговом решении на стадии предварительного расследования) в таком же порядке, как сведения, полученные прокурором или полицией.

4. Известно, что слабым звеном состязательной системы является некачественная защита несостоятельных обвиняемых, которых гораздо больше, чем состоятельных. Те подсудимые, которые не имеют достаточно средств, чтобы пригласить защитника и экспертов по своему желанию, ущемлены в своих правах на эффективную защиту, вследствие чего принцип равенство сторон зачастую остается лишь на бумаге. Это может исказить процесс на всех его стадиях, что происходит, например, в случае, если подозреваемый не имеет достаточно средств, чтобы провести свое собственное расследование, или если подготовка к судебному заседанию и перекрестный допрос, проведенный защитником, оказался недо-

статочным и неэффективным. Проведение предварительного расследования с меньшей степенью предубежденности и более активная роль председательствующего судьи в исследовании доказательств может ослабить, но не исключить опасность вынесения несправедливого обвинительного приговора вследствие небрежной и некачественной работы защитника.

Система оказания юридической помощи направлена на то, чтобы обеспечить участие защитника в делах несостоятельных обвиняемых. К сожалению, в итальянскую систему оказания юридической помощи поступает явно недостаточно средств, если сравнить со стоимостью услуг защитника, приглашаемого обвиняемым для участия в производстве по уголовному делу, поэтому помощь могут оказать лишь гражданам, имеющим очень низкий доход. Большинству же несостоятельных обвиняемых отказывают в юридической помощи, и они могут положиться только на защитника, которого им назначают.

В Италии различают понятия: *защитник, назначаемый по закону*, и *защитник, назначаемый государством*. С одной стороны, защитник всегда должен назначаться судом (или на стадии предварительного расследования прокурором или полицией) в случае, если обвиняемый не пригласил защитника по своему желанию. С другой стороны, услуги защитника оплачиваются государством только в том случае, если уровень дохода подозреваемого или обвиняемого не превышает прожиточный минимум. Таким образом, государство может компенсировать расходы несостоятельного обвиняемого на услуги защитника, даже если обвиняемый сообщит об этом защитнику; в то же время услуги защитника, назначаемого судом, должны быть оплачены поверенным, а государство покрывает расходы дополнительно, т. е. только в том случае, если защитник, который желает получить компенсацию от государства, докажет, что его клиент это сделать не в состоянии. Проблема здесь заключается в том, если годовой доход обвиняемого слишком низкий, чтобы возместить расходы на защитника, но все же выше прожиточного минимума, услуги защитника не оплачиваются, а это означает, что помощь защитника в большинстве случаев оказывается формальной и неэффективной.

Другим недостатком итальянского состязательного процесса является его чрезмерное затягивание по времени. Известно, что состязательное судебное разбирательство дела в полном объеме является слишком продолжительным и слишком дорогостоящим. В действительности эффективность — основная проблема итальянской судебной системы; это утверждение становится трагически очевидным в свете огромного пробела в системе. Более того, определенный сценарий действует в системе, где финансовых средств, поступающих в уголовное судопроизводство, всегда явно недостаточно. В довершение всех бед финансовые фонды постепенно сокращаются.

Попытки законодателей стимулировать применение примирительных процедур еще не достигли желаемых результатов по ускорению рассмотрения обычного дела в суде. Более того, существует некоторая опасность злоупотребления особыми порядками судебного разбирательства, так что сделке с правосудием иногда приносят в жертву такие принципы, как законность и презумпция невиновности. С другой стороны, инструменты ускорения производства по уголовным делам, особенно те, которые прекращают дела о преступлениях небольшой тяжести, применяются только в делах о преступлениях несовершеннолетних.

Еще большую тревогу вызывает неэффективность судебной системы. Рассмотрение дела по существу, настолько отдаленное по времени от совершенного преступления, не выполняет своей роли в процессе установления фактов. Затянувшееся среднее судебное разбирательство, которое может продолжаться несколько месяцев, завершает предательство состязательной системы, поскольку непосредственное восприятие доказательств судьей может ослабнуть к моменту принятия решения, создавая опасность того, что решение будет основано только на имеющих доказательственное значение сведениях, отраженных в протоколах судебного заседания.

Эта ситуация порождает стимул для подсудимых избежать примирительную процедуру и сделать выбор в пользу судебного разбирательства, где они сознательно рассчитывают на получение выгоды согласно Закону о сроках давности. Более того, до вынесения окончательного решения не может быть назначен ни один вид наказания. Следовательно, адвокаты делают все возможное, чтобы отложить завершение процесса, создавая, таким образом, порочный круг: чем больше дел поступает на рассмотрение в суд, тем продолжительнее становятся судебные разбирательства и тем реже имеют место примирительные процедуры, обращенные к обвиняемым. Чтобы исправить положение, требуется значительное вложение в систему отправления правосудия, что не является, по крайней мере в настоящее время, главной заботой государства.

Сноска:.....

1 Перевод с англ. С.А. Коломенской, канд. юрид. наук, доцента Петрозаводского государственного университета.

КАЛИНОВСКИЙ Константин Борисович,
ведущий советник Управления конституционных основ
уголовной юстиции Конституционного Суда Российской Федерации,
кандидат юридических наук, доцент

РАСПРЕДЕЛЕНИЕ БРЕМЕНИ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ: ВСЕГДА ЛИ В ПОЛЬЗУ ОБВИНЯЕМОГО?

Казалось бы, положительный ответ на данный вопрос не вызывает никаких затруднений даже у студента юридического вуза, поскольку статьей 49 Конституции Российской Федерации и статьей 14 УПК Российской Федерации закреплен принцип презумпции невиновности, согласно которому обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность, а его невиновность предполагается до вступления в законную силу обвинительного приговора суда. Однако, на наш взгляд, ответ на данный вопрос должен быть отрицательным.

1. Конституционный принцип презумпции невиновности не соблюдается в российской правоприменительной практике

Действительно, провозгласить и закрепить в законе данный гуманистический и демократический принцип еще не значит обеспечить его неуклонное соблюдение. Российские правоведы отмечают, что на практике презумпция невиновности довольно часто заменяется своим антиподом — презумпцией виновности или презумпцией достоверности данных, представленных стороной обвинения. Так, проф. С. А. Шейфер указывает на широко распространенные в следственной и судебной практике тенденции к сужению пределов доказывания, попытки компенсировать пробелы исследования за счет разного рода упрощенческих стереотипов доказывания¹. Наиболее наглядно это видно в снижении требований, предъявляемых к обвинительному приговору суда. Объясняя чрезвычайно малое количество оправдательных приговоров, выносимых российскими судами (а в районных судах количество таких приговоров за последние 30 лет составляет около 1%, в то время как в практике современных демократических государств такие приговоры превышают 10–15%), проф. И. Л. Петрухин указывает, что главной причиной этого является снижение стандартов доказанности преступлений, требовательности к обоснованности обвинения². И из этой малой части оправдательных приговоров от 20 до 40% еще и отменяются вышестоящими судами. Те же оправдательные приговоры, которые остались в силе, опираются на достоверно доказанную невиновность обвиняемых. «На практике... оправдательный приговор выносится лишь в случаях, когда защите удалось доказать непричастность подсудимого к совершенному преступлению, — пишет И. Л. Петрухин. — Тем самым бремя доказывания невиновности возлагается на защиту»³. Согласно же принципу презумпции невиновности, оправдательный приговор может

и должен быть основан на недоказанной виновности — истолковании сомнений в пользу обвиняемого. Вместо этого суд силой своего внутреннего убеждения преодолевает всякие сомнения в виновности обвиняемого и констатирует обоснованность обвинения.

Иногда фактическое переложение бремени представления доказательств на обвиняемого даже не скрывается за ширмой «внутреннего убеждения» и прямо используется презумпция виновности. Например, существовала практика установления факта незаконного приобретения оружия без каких-либо доказательств путем предположения, следующего из факта незаконного владения оружием, и в приговоре суда указывалось, что обвиняемый незаконно приобрел оружие в *неустановленное время, у неустановленных лиц, неустановленным способом*⁴. Даже юридическая отмена в УПК Российской Федерации института возвращения уголовного дела судом на дополнительное расследование в связи неполнотой предварительного расследования или необходимостью предъявления обвиняемому более тяжкого обвинения повлекла лишь временное и незначительное увеличение количества оправдательных приговоров⁵.

Фактическое переложение бремени доказывания невиновности на обвиняемого свидетельствует о системных проблемах практики уголовного судопроизводства и ставит перед юристами задачу противодействия этому явлению.

2. Бремя доказывания фактов, имеющих уголовно-процессуальное значение, может быть возложено на обвиняемого

Кроме виновности лица в совершении преступления и других обстоятельств, имеющих уголовно-правовое значение, по уголовному делу подлежат доказыванию юридические факты, предусмотренные уголовно-процессуальными нормами (основания для применения или отмены мер процессуального принуждения, отвода участников процесса, удовлетворения ходатайств и жалоб и др.). Распределение бремени доказывания данных фактов уже не подчинено принципу презумпции невиновности.

Так, в ч. 4 ст. 235 УПК Российской Федерации закреплено правило о том, что бремя доказывания может лежать на стороне, заявившей ходатайство, в том числе и на самом обвиняемом. На наш взгляд, для доказывания фактов, имеющих процессуальное значение, данное правило имеет общий характер (а исключения из него должны специально указываться).

Ярким примером перераспределения обязанности доказывания является установление оснований для привлечения лица, виновного в нарушении уголовно-процессуальной нормы, к уголовно-процессуальной ответственности⁶. Конституционный Суд Российской Федерации признает, что к основаниям любого вида юридической ответственности, исходя из общего понятия состава правонарушения, относится и вина, если в самом законе прямо и недвусмысленно не установлено иное. Применительно к сфере уголовной ответственности Конституция РФ закрепляет презумпцию невиновности, т. е. возлагает обязанность по доказыванию вины в совершении противоправного деяния на соответствующие государственные органы. В процессе правового регулирования *других видов юридической ответственности* законодатель вправе решать вопрос о распределении бремени доказывания вины иным образом, учитывая при этом особенности соответствующих отношений и их субъектов, а также требования неотвратимости ответственности и интересы защиты

основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и свобод других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства⁷.

Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, регламентируя применение санкций к нарушителям своих норм, прямо не указывает на возможность их применения без вины. Следовательно, в силу вышеуказанной позиции Конституционного Суда вина должна быть установлена, однако установлена она может быть на основе презумпции — без доказательств виновности, если самим нарушителем закона не доказана его невиновность.

В соответствии с ч. 1 ст. 113 УПК Российской Федерации в случае неявки по вызову без уважительных причин подозреваемый, обвиняемый, а также потерпевший и свидетель могут быть подвергнуты приводу. Часть третья этой статьи обязывает указанных лиц незамедлительно уведомить орган, которым они вызывались, о наличии причин, препятствующих явке по вызову в назначенный срок. В этом примере видно, что отсутствие уважительных причин (виновность не явившегося по вызову лица) презюмируется, а бремя доказывания невиновности (наличия уважительной причины) возлагается на него самого. Аналогичным образом должно применяться и денежное взыскание (ст. 117 УПК Российской Федерации). В соответствии с данным правилом о распределении бремени доказывания на обвиняемого, нарушившего ранее избранную в отношении него меру пресечения, может быть возложена обязанность доказать наличие уважительной причины такого нарушения. Иначе в отношении него может быть применена санкция в виде более строгой меры пресечения.

Возложение на обвиняемого обязанности доказывания некоторых фактов, имеющих уголовно-процессуальное значение, вполне допустимо и с точки зрения принципа состязательности, поскольку стороне обвинения в нарушение требования равноправия сторон было бы непосильно устанавливать все эти факты.

3. Проблемы использования презумпции невиновности в условиях ее фактической неопровержимости

В связи с необходимостью обеспечения публичного состязательного равенства сторон на сторону, объективно находящуюся в сильнейшем и потому неравном с другой стороной положении, возлагается бремя доказывания фактов, имеющих материально-правовое значение. В подавляющем большинстве случаев сильнейшей стороной оказывается сторона обвинения, которая в соответствии с вышеуказанной презумпцией невиновности несет все тяготы доказывания. Однако в некоторых случаях в особо выгодном положении оказывается сторона защиты, а сторона обвинения сталкивается с фактической неопровержимостью презумпции невиновности. В таких ситуациях теоретически действие презумпции невиновности должно быть ограничено и на обвиняемого может быть частично возложено бремя доказывания фактов, имеющих уголовно-правовое значение⁸.

Например, общеизвестная презумпция знания закона (формула — незнание закона не освобождает от ответственности) устанавливает без доказательств факт осознания обвиняемым противоправности своих действий, однако обвиняемый вправе его опровергнуть. Это особенно актуально в случаях применения отсылочных уголовно-правовых норм, когда обвиняемому вменяется в вину нарушение иных нормативных актов, например: правил лицензирования, уплаты налогов, техники безопасности.

В судебной практике обычно презюмируется факт осознания обвиняемым того, что имеющийся у него предмет является оружием или наркотическим средством. Вместе с тем вопрос об отнесении того или иного предмета к определенному виду оружия обычно требует применения специальных знаний в форме производства судебной экспертизы⁹. Более того, иногда у самих экспертов возникают трудности при отнесении предметов к оружию¹⁰. В таких условиях обвинителю практически невозможно достоверно доказать факт, что уже в момент совершения преступления (т. е. еще до проведения экспертизы) обвиняемый точно знал о том, что имеющийся у него предмет является оружием. В этих случаях за счет элементов фактической презумпции виновности происходит перераспределение бремени доказывания. Доказывание психического отношения обвиняемого для стороны обвинения является непосильным. Сторона защиты имеет реальную возможность доказать факты незнания обвиняемым закона или принадлежности предмета к оружию.

Вместе с тем использование элементов презумпции виновности в судебной практике является наиболее проблемным и нуждается в серьезном теоретическом обосновании.

Сноски:

- 1 Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М., 2009. С. 47.
- 2 Петрухин И. Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию. М., 2009. С. 32–33.
- 3 Там же. С. 103.
- 4 См.: приговор Московского городского суда по делу № 2-196/99 от 22 октября 1999 г. // СПС «Консультант-Плюс», 2010; Приговор Московского городского суда по делу N 2-74/99 от 25 марта 1999 г. // СПС «Консультант-Плюс», 2010.
- 5 На дополнительное расследование в период с 1995 по 2001 г. направлялось от 3 до 4,6% дел от числа направленных в суд, из них половина — в связи с неполнотой проведенного расследования (в 1970-х гг. около 70% дел возвращалась на дополнительное расследование в связи с неполнотой. См.: Конституционные основы правосудия в СССР / Под ред. В. М. Савицкого. М., 1981. С. 111). Рассмотрение этих дел в суде, следуя логике презумпции невиновности, должно было привести к постановлению оправдательных приговоров, количество которых должно было бы увеличиться в 3–4 раза. В первые год – полтора после вступления УПК Российской Федерации в силу количество оправдательных приговоров действительно возросло, но всего в 1,4 раза. Однако уже в 2004 и последующих годах количество оправдательных приговоров уменьшилось более чем на 40% и фактически сравнялось с показателями 1999–2000 годов. Статистические данные приведены по работе: Гаврилов Б. Я. Современная уголовная политика в России: цифры и факты. М., 2008. С. 156, 159, 164–165.
- 6 О ней см.: Ветрова Г. Н. Уголовно-процессуальная ответственность. М., 1987. С. 49–77. При этом в «классической» по данной теме работе вина рассматривается как необходимый момент для привлечения к ответственности.
- 7 См.: постановления Конституционного Суда РФ от 25.01.2001 N 1-П (Российская газета. 2001. 13 февраля) и от 27.04.2001 N 7-П (Российская газета. 2001. 6 июля).
- 8 См.: Смирнов А. В. Презумпции и распределение бремени доказывания в уголовном процессе // Государство и право. № 1. 2008. С. 60; Калиновский К. Б., Смирнов А. В. Презумпции в уголовном процессе. // Российское правосудие. 2008. № 4. С. 68–74.
- 9 См.: пункт 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 12.03.2002 № 5 «О судебной практике по делам о хищении, вымогательстве и незаконном обороте оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств» // Российская газета. 2002. 19 марта.
- 10 См.: Караханов А. Н. Уголовная ответственность за незаконные действия с холодным оружием (ч. 4 ст. 222, ч. 4 ст. 223 УК РФ) // Российский следователь. 2002. № 10.

КИПНИС Николай Матвеевич,

член квалификационной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы,
доцент кафедры уголовно-процессуального права МГЮА
имени О.Е. Кутафина, кандидат юридических наук, доцент

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ОГЛАШЕНИЯ ПОКАЗАНИЙ НЕ ЯВИВШЕГОСЯ В СУДЕБНОЕ ЗАСЕДАНИЕ ПОТЕРПЕВШЕГО И СВИДЕТЕЛЯ В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ (С УЧЕТОМ ПРАВОВЫХ ПОЗИЦИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА)

Допускаемое уголовно-процессуальным законом в ограниченном числе случаев оглашение в ходе судебного следствия показаний потерпевшего и свидетеля, не явившегося в судебное заседание (ст. 281 УПК), является изъятием из общего условия о непосредственности судебного разбирательства. Современный законодатель не пытается завуалировать чрезвычайный характер института оглашения показаний, закрепляя именно в ч. 2 ст. 240 УПК правило о том, что оглашение показаний потерпевшего и свидетеля, данных при производстве предварительного расследования, возможно лишь в случаях, предусмотренных ст. 281 УПК.

В первоначальной редакции ст. 281 УПК РФ «Оглашение показаний потерпевшего и свидетеля» (Федеральный закон от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ) законодателем было установлено жесткое правило о том, что оглашение показаний потерпевшего и свидетеля, ранее данных при производстве предварительного расследования или судебного разбирательства, допускаются с согласия сторон в случае неявки в судебное заседание свидетеля или потерпевшего.

Просуществовав в первоначальном виде около полутора лет, а реально действуя менее года, ст. 281 УПК РФ была коренным образом изменена Федеральным законом от 4 июля 2003 г. № 92-ФЗ. Если ст. 286, 287 УПК РСФСР позволяли оглашать на суде показания, данные свидетелем и потерпевшим при производстве дознания или предварительного следствия, а также ранее данные ими в суде *при отсутствии* в судебном заседании свидетеля или потерпевшего *по причинам, исключающим возможность их явки в суд*, то действующая («обновленная») редакция ст. 281 УПК РФ позволяет суду принять решение об оглашении по ходатайству стороны или по собственной инициативе (а не «с согласия сторон») показаний потерпевшего и свидетеля, ранее данных при производстве предварительного рас-

следования или судебного разбирательства, в случае «стихийного бедствия или иных чрезвычайных обстоятельств, препятствующих явке в суд» (п. 4 ч. 2 ст. 281 УПК РФ).

Схожесть формулировок ст. 286 УПК РСФСР и обновленной редакции ст. 281 УПК РФ в совокупности с так называемым человеческим фактором правоприменителя (профессиональные деформации, обвинительный уклон) привели к тому, что под иные чрезвычайные обстоятельства, препятствующие явке свидетеля или потерпевшего в суд, суды стали подводить неограниченный круг фактических ситуаций, аналогичный упоминавшимся в ст. 286 УПК РСФСР «причинам, исключающим возможность явки в суд».

Иными словами, прогрессивная реформа в декабре 2001 г. института оглашения показаний потерпевшего и свидетеля, не явившихся в судебное заседание, ранее данных ими при производстве предварительного расследования или судебного разбирательства, была преодолена в июле 2003 г. соответствующей контрреформой.

Многочисленные попытки ряда граждан обратиться с соответствующими жалобами в Конституционный Суд РФ не увенчались успехом, поскольку Конституционный Суд РФ в данном конкретном вопросе занял сугубо формальную позицию, не учитывающую положения ч. 2 ст. 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» о том, что Конституционный Суд РФ *принимает решение по делу, оценивая как буквальный смысл рассматриваемого акта, так и смысл, придаваемый ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой*, а также исходя из его места в системе правовых актов¹.

Между тем, согласно пункту 3d ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. (далее — Конвенция): «Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет как минимум следующие права: ...допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены...»².

Однако толкование российскими судами норм уголовно-процессуального законодательства об основаниях оглашения, в изъятие из общего условия о непосредственности судебного разбирательства, показаний, данных свидетелем и потерпевшим при производстве дознания или предварительного следствия, а также ранее данных ими в суде при отсутствии в судебном заседании свидетеля или потерпевшего по причинам, исключающим возможность их явки в суд, при наличии чрезвычайных обстоятельств, препятствующих явке в суд, осуществлялось в абсолютном большинстве случаев без учета положений п. 3d ст. 6 Конвенции и обширной практики Европейского суда по правам человека по применению данной нормы Конвенции³.

Это не могло не привести к тому, что в Европейский суд по правам человека против властей Российской Федерации стали подаваться индивидуальные жалобы в соответствии со ст. 34 Конвенции. Разрешая данные жалобы, Европейский суд исходил из своей прецедентной практики, знание которой крайне необходимо юристу, практикующему в сфере уголовного судопроизводства и/или изучающему данную отрасль права⁴.

Общий тезис формулируется Европейским судом следующим образом: «Если осуждение основано исключительно или в значительной степени на показаниях лица, которое обвиняемый не мог допросить или не имел права на то, чтобы оно было допрошено, в ходе расследования или судебного разбирательства, права защиты ограничиваются в степени,

не совместимой с гарантиями, предусмотренными статьей 6 Конвенции» (например, см. п. 193 постановления по делу «Полуфакин и Чернышев против России»).

Обобщение прецедентной практики Европейского суда по правам человека по толкованию положений п. 3d ст. 6 Конвенции в части реализации каждым обвиняемым в совершении уголовного преступления права на перекрестный допрос свидетелей со стороны обвинения («права допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены») позволяет сформулировать следующие критерии, которые должны учитываться российскими судами во избежание нарушения положений п. 3d ст. 6 Конвенции:

1. Свидетель (потерпевший) должен быть официально вызван в суд, при этом суд обязан принять эффективные меры, направленные на обеспечение явки свидетеля (потерпевшего) в судебное заседание (например, см. п. 25–23, 53–54 постановления по делу «Вожигов против России»; п. 35–36 постановления по делу «Трофимов против России»; п. 37–41, 191–192, 195–198 постановления по делу «Полуфакин и Чернышев против России»; п. 16, 17, 19, 104 постановления по делу «Владимир Романов против России»).

2. Важное правовое значение имеет установление позиции стороны защиты относительно возможности оглашения показаний неявившегося свидетеля (потерпевшего): сторона защиты может дать согласие на оглашение показаний, может возражать против оглашения показаний, либо из материалов дела (протокола судебного заседания) может усматриваться, что мнение стороны защиты не было выяснено судом (например, см. п. 57 постановления по делу «Вожигов против России»; п. 53–54 постановления по делу «Андандонский против России»; п. 34 постановления по делу «Трофимов против России»; п. 45, 65–66, 202 постановления по делу «Полуфакин и Чернышев против России»; п. 98 постановления по делу «Владимир Романов против России»).

3. Право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, может быть реализовано не только в суде первой инстанции, но и во время очной ставки в ходе досудебного производства (например, см. п. 51, 55 постановления по делу «Вожигов против России»; п. 17, 105–106 постановления по делу «Владимир Романов против России»; п. 38 постановления по делу «Трофимов против России»).

4. При решении вопроса о правомерности оглашения показаний неявившегося потерпевшего (свидетеля) необходимо учитывать, насколько данные показания являются основными и решающими для оценки доказанности вины подсудимого, т. е. насколько они подтверждаются другими доказательствами (например, см. п. 52 постановления по делу «Андандонский против России»; п. 101–103 постановления по делу «Владимир Романов против России»⁵).

Исходя из данного критерия при заявлении стороной обвинения в суде первой инстанции ходатайства об оглашении показаний неявившегося свидетеля (потерпевшего), возражении стороной защиты против удовлетворения данного ходатайства, а равно его разрешении судом следует учитывать всю совокупность представленных стороной обвинения доказательств, а при кассационном обжаловании обвинительного приговора либо при обращении с жалобой в Европейский суд по правам человека — анализировать всю

совокупность доказательств, положенных национальным судом в основу обвинительного приговора.

При этом следует учитывать, что положение закона о том, что при производстве по уголовному делу в первую очередь подлежат доказыванию: 1) событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления) и 2) виновность лица в совершении преступления, форма его вины и мотивы (п. 1 и 2 ч. 1 ст. 73 УПК РФ), означает, что объективная сторона преступления (п. 1 ч. 1 ст. 73 УПК РФ) и субъективная сторона преступления (п. 2 ч. 1 ст. 73 УПК РФ) подлежат самостоятельному доказыванию, причем:

- во-первых, доказанность в действиях лица признаков объективной стороны преступления не предопределяет и не может предопределять одновременное наличие признаков субъективной стороны преступления, поскольку в противном случае такое основание оправдания как отсутствие в деянии подсудимого состава преступления (п. 3 ч. 1 ст. 302 УПК РФ) утратило бы всякий смысл,
- во-вторых, в зависимости от конкретных обстоятельств уголовного дела для доказывания объективной и субъективной стороны преступления могут использоваться как одни и те же, так и разные доказательства.

Изучение прецедентной практики Европейского суда по правам человека свидетельствует о том, что перечисленные критерии должны оцениваться по каждому делу не отдельно, а в совокупности, поскольку только их разумная сбалансированность будет свидетельствовать об отсутствии нарушения государством прав обвиняемого, гарантированных Конвенцией.

Судебное разбирательство не может быть признано справедливым, если нарушено право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены (п. 1 и 3d ст. 6 Конвенции).

Сноски:

- 1 Например, определения Конституционного Суда РФ от 7 декабря 2006 г. № 548-О, от 15 апреля 2008 г. № 291-О-О, от 15 апреля 2008 г. № 300-О-О, от 15 июля 2008 г. № 454-О-О, от 2 апреля 2009 г. № 477-О-О, от 27 октября 2000 г. № 233-О, от 21 декабря 2000 г. № 291-О.
- 2 Согласно п. 3е ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, к числу минимальных гарантий каждого, на основе полного равенства, при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения относится право допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены.
- 3 Одним из цивилизованных примеров правоприменения является кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 24 сентября 2007 г. № 2-О07-17сп // СПС «КонсультантПлюс». 2010.
- 4 Изучение прецедентной практики Европейского суда по правам человека показало, что с 1976 года им было рассмотрено более 100 дел по жалобам на нарушение положений п. 3d ст. 6 Конвенции. В первый раз нарушение было установлено в постановлении (Judgment) по делу "Unterpertinger v. Austria" (Application no. 9120/80; Series A no. 110).
В отношении России Европейским судом по правам человека с 2005 года рассмотрено не менее 12 жалоб: 1) Озеров (Ozerov) против РФ. Жалоба № 64962/01. Решение от 3 ноября 2005 г.; 2) Андандонский (Andandonskiy)

против РФ. Жалоба № 24015/02. Постановление от 28 сентября 2006 г.; 3) Слюсарев (Slyusarev) против РФ. Жалоба № 60333/00. Решение от 9 ноября 2006 г.; 4) Климентьев (Klimentyev) против РФ. Жалоба № 46503/99. Постановление от 16 ноября 2006 г.; 5) Вожигов (Vozhigov) против РФ. Жалоба № 5953/02. Постановление от 26 апреля 2007 г.; 6) Рябов (Ryabov) против РФ. Жалоба № 3896/04. Решение от 31 января 2008 г.; 7) Владимир Романов (Vladimir Romanov) против РФ. Жалоба № 41461/02. Постановление от 24 июля 2008 г.; 8) Полуфакин и Чернышев (Polufakin and Chernyshev) против РФ. Жалоба № 30997/02. Постановление от 25 сентября 2008 г.; 9) Трофимов (Trofimov) против РФ. Жалоба № 1111/02. Постановление от 4 декабря 2008 г.; 10) Мирилашвили (Mirilashvili) против РФ. Жалоба № 6293/04. Постановление от 11 декабря 2008 г.; 11) Макеев (Makeyev) против РФ. Жалоба № 13769/04. Постановление от 5 февраля 2009 г.; 12) Мельников (Melnikov) против РФ. Жалоба № 23610/03. Постановление от 14 января 2010 г.

- 5) Весьма странные выводы по вопросу о законности осуждения Владимира Романова, противоречащие правовой позиции Европейского суда по правам человека, содержатся в постановлении Президиума Верховного Суда РФ от 20 января 2010 г. № 255-П09.

КИРИЛЛОВА Наталья Павловна,
доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики
Санкт-Петербургского государственного университета,
доктор юридических наук

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Защита законных прав и интересов участников уголовного судопроизводства на стадии предварительного расследования является одной из важных задач государства, поскольку назначением уголовного процесса является защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. Эту задачу законодатель решает с помощью средств ведомственного контроля, прокурорского надзора и судебного контроля. Если ведомственный контроль и прокурорский надзор осуществлялись и до судебной реформы, то судебный контроль на досудебных стадиях уголовного процесса появился в результате судебной реформы. Целью судебного контроля являлось создание для участников уголовного процесса дополнительных процессуальных гарантий со стороны независимой судебной власти. Учитывая, что судебный контроль является относительно новым процессуальным институтом, при его осуществлении у правоприменителя возникает ряд проблем, от решения которых будет зависеть его дальнейшая эффективность. Речь идет о пределах полномочий суда при решении вопросов, связанных с избранием мер пресечения, при рассмотрении жалоб на действия и бездействия следователя, дознавателя, руководителя следственного органа, прокурора, а также при принятии решений о производстве следственных действий, ограничивающих конституционные права граждан.

Сравним полномочия прокурора в дореформенном процессе с полномочиями судей по действующему уголовно-процессуальному законодательству. Прокурор, принимая решение о заключении под стражу, имел полную информацию, содержащуюся в материалах дела, касающуюся доказанности события преступления, причастности к нему обвиняемого. Он оценивал весь комплекс имеющихся в материалах дела доказательств с точки зрения их относимости, допустимости, достоверности и достаточности для возможности избрания именно данной меры пресечения. Будучи главой уголовного преследования на досудебных и судебных стадиях уголовного процесса, он прогнозировал дальнейший процесс расследования, перспективу уголовного преследования, и если сомневался в перспективах доказывания, то отказывал в даче санкции. В необходимых случаях прокурор использовал свое право на участие в производстве следственных действий, в ходе которых мог непосредственно убедиться в качестве доказательственной информации, используемой при принятии решений. При принятии решения о заключении под стражу несовершеннолетнего, в соответствии

с приказом Генерального прокурора, он был обязан лично допросить несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого с целью принятия законного и обоснованного решения. В процессе принятия прокурором решения сведения, составляющие следственную тайну, могли оставаться закрытыми для подозреваемого, обвиняемого, поскольку со всеми материалами уголовного дела обвиняемый знакомился лишь при окончании предварительного расследования. Не являлось секретом, что прокурор опасался заключать под стражу лиц, вину которых не удастся доказать в процессе расследования. Оправдательный приговор или прекращение дела по реабилитирующим основаниям в отношении лица, содержащегося под стражей, мог свидетельствовать о некачественном прокурорском надзоре и повлечь за собой меры дисциплинарного воздействия. Широкие полномочия прокурор имел и при рассмотрении жалоб на действия следователя и дознавателя. Например, осуществляя прокурорский надзор за полнотой и законностью проведения доследственной проверки, убедившись, что принято незаконное или необоснованное решение, прокурор был полномочен отменить постановление следователя, дознавателя, возбудить уголовное дело и передать его для производства предварительного расследования, осуществляя защиту прав заявителя о преступлении. Широкими полномочиями прокуратура наделялась и при даче санкций на производство обыска, некоторых видов выемки и т. д.

В период судебной реформы, ориентированной на дополнительную защиту прав участников процесса, законодатель пришел к выводу, что именно независимый от органов расследования суд должен проверить, есть ли законные основания для принятия столь важных процессуальных решений. Однако в основе процессуального статуса суда лежат положения ст. 15 УПК РФ, в соответствии с которой суд не является органом, осуществляющим уголовное преследование, не вправе в своей деятельности подменять стороны, а лишь предоставляет сторонам равные возможности в осуществлении их процессуальных полномочий. При принятии процессуальных решений суд не вправе игнорировать эти положения уголовно-процессуального закона. Столкнувшись с новой для себя функцией судебного контроля, суды на первоначальном этапе своей деятельности по осуществлению этой функции приняли решение оценивать представленные материалы лишь с точки зрения законности оснований для заключения под стражу, не входя в проверку их обоснованности. Со временем стало ясно, что без проверки обоснованности ходатайств следователя, принятых им процессуальных решений, произведенных действий суду сложно принять законное и обоснованное решение. Защищая права заявителя о преступлении при обращении последнего с жалобой на незаконное постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, суд вправе признать такое решение незаконным, но в отличие от прокурора, действующего в рамках полномочий дореформенного процесса, он не имеет процессуальных средств заставить органы расследования исправить свои ошибки. На практике встречаются ситуации, когда после проведения дополнительной доследственной проверки вновь принимается незаконное решение, которое хотя и может быть признано судом незаконным, но влечет за собой опасность утраты доказательств по делу.

Анализ положений ст. 108 УПК показывает, что избрание меры пресечения в виде заключения под стражу законодатель напрямую связывает с процессуальным статусом конкретного лица, так и с необходимостью наличия у суда достоверных данных, подтвержда-

дающих факт обоснованности его подозрения или обвинения в совершении уголовного деяния определенной тяжести. Судья должен быть уверен, что вина доставленного к нему лица доказана хотя бы по одному эпизоду, необходимые для этого доказательства в уголовном деле имеются и органы предварительного расследования их не утратят¹. Последнее судье очень сложно прогнозировать.

Российские судьи в своих решениях часто уклоняются от анализа доказательств, подтверждающих обоснованность заключения под стражу, предполагая, что это связано с вопросом о доказанности его вины, что составляет прерогативу судебной инстанции, рассматривающей уголовное дело по существу. Данной проблемы не знают те правоприменители, которые признают существование уровней доказанности вины, достаточных для подозрения, обвинения и осуждения. Таким образом, при решении о заключении под стражу, продлении срока содержания под стражей судья должен требовать подтверждения обоснованности выдвинутых в отношении конкретного лица подозрений².

Подтвердить обоснованность доказательствами подозрения или обвинения можно с помощью оценки доказательств с точки зрения их относимости, допустимости и достоверности и достаточности. При этом суд оценивает доказательства через призму их достаточности для ответа на вопросы: имело ли место преступление, имеются ли доказательства, подтверждающие факт, что оно совершено именно тем лицом, о необходимости ареста которого говорится в ходатайстве. Это вытекает из п. 19 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 октября 2009 г. № 22 «О практике применения судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста» (в ред. постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.06.2010 № 15), в соответствии с которым судья должен убедиться в достаточности данных об имевшем место событии преступления и о причастности к нему подозреваемого.

Для того чтобы вынесенное Пленумом ВС РФ постановление возымело действие, предлагается непосредственно исследовать представленные следователем доказательства согласно условиям судебного разбирательства (гл. 35 УПК РФ). Так, ни в одном из изученных исследователем дел в судебном разбирательстве не допрашивались для установления оснований заключения под стражу свидетели и потерпевшие, хотя стороной защиты заявлялись ходатайства о допросе лиц в части исследования личности обвиняемого (подозреваемого)³.

Сноски:

- 1 Практика применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: практическое пособие / Под ред. А. И. Карпова. М., 2008. С. 83.
- 2 Там же. С. 84.
- 3 Васяев А. А. Достоверные сведения при разрешении вопроса о заключении под стражу // Современное право. 2010. № 6.

КОВТУН Николай Николаевич,
профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса
Нижегородского филиала Государственного университета —
Высшей школы экономики, доктор юридических наук, профессор

СУДЕБНЫЙ СЛЕДОВАТЕЛЬ И СЛЕДСТВЕННЫЙ СУДЬЯ — РАЗНЫЕ СУБЪЕКТЫ ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ¹

«...в виде ratio status вырабатывается не просто определенного рода политическая технология, особого рода государственный цинизм, но вырабатывается некая особенная логика политического действия правительства и государства».

А. Филиппов. «Дискурсы о государстве»

Теории уголовно-процессуальной науки достаточно известны дискуссии о необходимости введения в уголовное судопроизводство России фигуры «судебного следователя» или «следственного судьи». Достаточно явно и то, что импульсы к «оживлению» или «затуханию» данной дискуссии отчасти совпадают с перманентно озвучиваемыми намерениями высших лиц государственной власти, рефреном которых служат лозунги о необходимости продолжения (углубления, расширения...) судебно-правовой реформы в стране. Ключевыми звеньями последней при этом, как известно, должны стать, с одной стороны, подлинно независимое, быстрое и эффективное следствие по уголовным делам; с другой — справедливый и эффективный суд.

И первое, и второе действительно актуально, теоретически и практически значимо; соответственно — нуждается в обсуждении, поиске научно обоснованных предложений, последовательном разрешении наиболее явно обозначивших себя проблем и вопросов. Вместе с тем названные дискуссии, как уже отмечалось², выявили достаточно интересную тенденцию. Суть проблемы в том, что, судя по публикациям, отдельные исследователи либо не могут методологически точно определиться в предмете дискуссии, либо, приводя в качестве аргументов те или иные «достаточно весомые» доводы, не принимают во внимание, что они в принципе не относятся к обсуждаемым тезисам или тематической направленности тех или иных конференций. Не определившись изначально в терминах, сути и предмете спора, направлениях возможных новаций, законодателю соответственно предлагают то ввести в уголовное судопроизводство России судебного следователя, то следственного судью, но отчего-то с аналогичными функциями и полномочиями в процессе. В итоге порой невозможно понять: посредством введения означенных выше субъектов нам предлагают реформировать органы предварительного следствия в соответствии с (неоднократно озвученной) идеей создания единого автономного федерального органа расследований (в том числе, по аналогии реформ 1860–1864 гг. XIX века, о введении фигуры «...следователя при суде»)? Или речь все же идет о модернизации оперативного судебного контроля в уголов-

ном процессе России (ст. 108, 125, 165 УПК РФ), в принципе не оправдавшего тех целей и задач, которые ставились перед ним авторами Концепции судебной реформы 1991 года?

Между тем методологическая точность в понятиях, и особенно функциях обсуждаемых фигурантов, не просто важна — она (для предполагаемых реформ) принципиальна, в том числе в контексте принципа *raison d'état* как основы дальнейшего функционирования российского государства и общества в том или ином направлении. Несмотря на то что и следствие, и оперативный судебный контроль в современном российском уголовном процессе действительно нуждаются в модернизации (лучше — в реформировании), они по самой своей сути имеют разные задачи, субъектов и процессуальную форму реализации. Эклектичное соединение в статусе одного и того же публичного субъекта уголовно-процессуальных отношений одновременно полномочий и следователя, и органа судебной власти, осуществляющего независимый судебный контроль за законностью и обоснованностью основных актов предварительного расследования, не даст результата ни «реформированному» подобным образом следствию, ни оперативному судебному контролю на досудебном этапе³.

Нам могут возразить, что именно на этих началах основан процессуальный статус следственного судьи (по функции — следователя!) ведущих стран континентальной системы права. Признаем, во Франции (Бельгии, Нидерландах, Швейцарии и Испании...) следственные судьи — это прежде всего органы предварительного следствия первой инстанции⁴. Немецкий участковый судья (ФРГ, Австрия) также прежде всего судья-дознатель; главная его задача — обеспечение легитимности отдельных доказательств по делу⁵. Одновременно (в ряде перечисленных стран) указанные следственные судьи являются субъектами применения отдельных мер принуждения к обвиняемым (подозреваемым).

Это действительно так. Более того, это может и должно обсуждаться, но исключительно в контексте круга проблем, связанных с реформированием органов предварительного следствия России; к примеру, в рамках известной дискуссии о необходимости введения в уголовное судопроизводство России фигуры судебного следователя. Хотя мы, оговоримся, не являемся сторонниками создания единого следственного аппарата именно в составе судебного ведомства. Далеко не секрет, что предварительное следствие Франции (где следователь, напомним, два века состоит при суде) подвергается постоянной критике именно за растянутость досудебного производства и длительность сроков содержания под стражей, за неспособность в полной мере гарантировать презумпцию невиновности обвиняемого и его право на защиту путем дачи показаний и вызова собственных свидетелей. В том же ряду критика за недостаточное ограждение прав личности при собирании и изъятии доказательств, прослушивании телефонных переговоров, чрезмерную закрытость предварительного расследования (деятельности следственного судьи), допущение случаев жестокого обращения с обвиняемым и нарушения права на беспристрастный суд⁶.

Соответственно, Франция не только постепенно отказывается от соединения в статусе одного и того же публичного субъекта процесса одновременно функций предварительного следствия и судебного контроля за применением мер процессуального принуждения, прямо апеллируя в последнем вопросе к полномочиям «...судьи за свободами и заключением»⁷, но и все явней ставит вопросы о необходимости ликвидации фигуры самого следственного судьи.

Германия, реформируя в 1974 году досудебное производство по уголовным делам, вообще отказалась от следствия и от фигуры следственного судьи (по функции — следователя), не считая, видимо, подобную форму и субъекта расследований достаточно отвечающими принципу *raison d'état* на современном этапе развития государства. В указанном направлении явно реформируется и уголовное судопроизводство Швейцарии и Бельгии⁸, а также уголовно-процессуальное законодательство ряда стран на постсоветском пространстве⁹.

В данной связи и применительно к России единый независимый (структурно автономный) федеральный орган расследований, представляется, более уместен и в контексте эффективного решения поставленных перед ним непосредственных процессуальных задач, и особенно в системе сдержек и противовесов власти судебной, обвинительной, следственной¹⁰.

Резюмируем также вывод о том, что надо раз и навсегда оставить за теми, связанные с соединением в едином публичном (процессуальном) органе функций предварительного следствия и одновременно оперативного контроля за ним¹¹. Надо наконец понять и принять, что в контексте российской правовой традиции, в отличие от ряда стран континентальной системы права, «следственный судья» и «судебный следователь» — разные по сути и функции субъекты правовых отношений. Еще в ходе великой судебной-правовой реформы 60-х годов XIX века российский законодатель методологически точно и достаточно прозрачно отказался от (практически повсеместного на тот момент в странах Европы) копирования французского термина «следственный судья», отчетливо понимая, что именно термин «судебный следователь» более точно отражает функцию и структурную организацию данного субъекта процесса¹².

Что же касается фигуры следственного судьи, определяющей функцией которого должен стать именно оперативный судебный контроль за законностью и обоснованностью применения мер процессуального принуждения, а также основных актов следствия, то методологически точными представляются позиции тех исследователей, которые изначально определились как в терминах и целях исследования, так и направлениях необходимых реформ, в том числе не смешивая в едином предмете и предлагаемых законодателю новациях предложения о реформировании как органов и форм предварительного следствия, так и теми же самими средствами — оперативного судебного контроля¹³.

Принципиальными в исследуемом контексте являются и походы немецкого законодателя, который, отказавшись от фигуры следственного судьи (следователя — по функции), в принципе не считает возможным отказаться от оперативного судебного контроля за применением мер процессуального принуждения на досудебном этапе. Закрепив это направление деятельности за специальным судьей (*Ermittlungsrichter*), законодатель ФРГ, как известно, отнес к его компетенции не следственные функции, а разрешение сутубо юрисдикционных вопросов по заключению обвиняемого под стражу или его временному помещению в психиатрический стационар (во многом аналог — ст. 108 УПК РФ). Он же санкционирует телефонное прослушивание переговоров подозреваемого и в неотложных случаях подтверждает законность обыска в помещении, проведенного без судебного решения полицией (аналог — ст. 165 УПК РФ). Этот же судья проверяет законность и обо-

снванность основных актов полиции или прокуратуры, связанных с расследованием (отчасти аналог — ст. 125 УПК РФ)¹⁴.

В этом же изначальном юрисдикционном контексте термин и функции следственного судьи нормативно определены новым уголовно-процессуальным законодательством Латвии; эти же направления реформирования (применительно к функциям специализированного следственного судьи) обсуждаются в настоящее время в контексте обновления уголовно-процессуального законодательства Республики Украины, Казахстана, Беларуси, Азербайджана и т. п.

Резонны вопросы: поскольку в уголовном судопроизводстве России оперативный судебный контроль не только нормативно введен (с 1 июля 2002 года), но и за годы своего функционирования стал неотъемлемым элементом досудебного производства по уголовным делам, какие именно объективные факторы вызвали к жизни дискуссию о необходимости введения фигуры следственного судьи? Почему действующая организация этого направления деятельности в судах Российской Федерации не является или не может быть признана оптимальной, в том числе в контексте принципа *raison d'état*?

Исходя из того, что *raison d'état* или *ratio status* (лат.) — это учение о том, что у государства свои цели и техники их достижения, ответы на эти вопросы не столь однозначны и во многом зависят от субъективных установок того или иного субъекта. Известно, что целым рядом исследователей (достаточно давно и последовательно) указывается на то, что в современном своем состоянии оперативный судебный контроль так и не стал надежной процессуальной гарантией обеспечения прав и свобод личности в уголовном судопроизводстве России. По итогам контроля (проверки) судами в среднем удовлетворяется 94% ходатайств следственных органов о применении к обвиняемым мер пресечения (ст. 108 УПК РФ) и до 98% ходатайств о производстве следственных действий (ст. 165 УПК РФ)¹⁵. По сути, суды не столько реально, объективно и независимо проверяют законность и обоснованность представленных в суд ходатайств следственных органов, сколько формально «штампуют» разрешения на применение мер процессуального принуждения.

В контексте гражданского общества, где именно права и свободы личности ставят пределы диктата государственных органов, а суд объективно является средством самоограничения государства, подобная статистика и подобный «контроль», безусловно, не соответствуют ни задачам, ни самой сути функционирования данного общества. Соответственно, именно *raison d'état* (национальный интерес) сохранения и развития гражданского общества требует постоянной рационализации указанной практики, поддержания такой системы контроля, при которой суд обладал бы и достаточными правомочиями, и необходимыми средствами к ограничению диктата государственной власти.

В контексте сохранения управляемого (по сути, тоталитарного) государства и общества, где суд изначально включен в вертикаль власти, властвующая элита и соподчиненные ей структуры, напротив, «кровно» заинтересованы в сохранении существующего порядка функционирования столь тщательно выстроенной системы. Соответственно, не объективность и принципиальность проверки, а идеологизированные установки: «...не мешать бороться с преступностью» — доминируют в настоящее время в правосознании и деятельности судей, осуществляющих оперативный судебный контроль. При этом возможные отклонения

от «генерального курса» легко минимизируются как посредством отмены состоявшихся судебных решений, так и постановкой вопроса о профессиональной пригодности судей, не доверяющих указаниям вышестоящего суда¹⁶. Независимый (неуправляемый), объективный, наделенный действительно властными полномочиями, следственный судья для подобной системы а priori не более чем надуманная доктринальная конструкция, не вызываемая потребностями своеобразно понимаемого *raison d'état* (государственного интереса).

Диалектически связана с выше названным фактором и основная, как утверждают, теоретико-прикладная проблема оперативной судебной проверки (контроля), а именно: «... теория предрешенности внутреннего убеждения судей в вопросе доказанности обвинения и достаточности для этого обвинительных доказательств»¹⁷. «Метания» высшей судебной инстанции страны (Пленума) в этом вопросе столь известны и наглядны для практики¹⁸, что до сих пор судьи, в том числе кассационных и надзорных инстанций, не в состоянии однозначно определиться в вопросах: насколько вообще и в каких допустимых пределах судьи, реализующие процедуры оперативной судебной проверки, вправе войти в исследование доказательств, представленных в суд сторонами; оценку достаточности указанных доказательств для обоснования подозрения (обвинения) и, соответственно, применения испрашиваемой перед судом меры; оценку допустимости представленных сторонами данных, при условии, что отдельные из них явно не отвечают условиям собирания легитимных фактических данных¹⁹.

В итоге уже сложившиеся по сути закономерности к формализации процедуры проверки. Нередко процедура контроля укладывается в 20–30 минут, за которые судьи успевают реализовать не только комплекс всех необходимых решений и действий, составляющих процессуальную форму проверки, но и, судя по протоколам, непосредственно «исследовать» до 150 представленных в суд документов²⁰. Практически 100% случаи, когда судьи никак не реагируют на явную процессуальную недопустимость представленных в суд сторонами (отдельных) материалов²¹. Налицо и «групповой» метод проверки, когда в одном судебном заседании разрешается до десятка и более однородных ходатайств²².

В состоянии ли изменить сложившееся положение дел введение в уголовное судопроизводство России фигуры следственного судьи? Ответ, полагаем, не столь однозначен. Если все начинания сведутся лишь к (обсуждаемому) изменению наименования субъекта контроля или к известным декларативным призывам о повышении объективности и принципиальности судебной проверки — не изменится ничего. В изначально бюрократическом государстве любые, даже самые передовые, идеи или новации а priori подвержены мимикрии и при отсутствии действительной политической воли к реформам со временем «органически» преобразуются в точном соответствии с реальной сутью определяющего явления (в нашем случае — базиса и надстройки). Поэтому введение фигуры следственного судьи должно быть связано именно с реальным реформированием всей системы взаимоотношений, с одной стороны, между властью и судом; с другой — между органами предварительного расследования, следственными судьями и судами общей юрисдикции, призванными к разрешению дела по существу. Выстраивая действительно продуктивную систему сдержек и противовесов, власть и законодатель (в контексте предмета исследования) как минимум обязаны эффективно решить следующий круг проблем и вопросов:

1. Организационное, материально-техническое и кадровое обеспечение деятельности следственного судьи; обеспечение его высокого статуса.

Представляется изначально принципиальным, что с учетом значения оперативного судебного контроля в уголовном судопроизводстве России процессуальный статус, порядок назначения на должность, основные гарантии деятельности и т. п. следственного судьи не могут быть принципиально отличны от общеправового статуса судей, в силу чего должны охватываться единым федеральным законом²³. Важно и то, чтобы следственные судьи назначались на должность именно Президентом РФ; на тот же срок и при тех же условиях, что иные федеральные судьи²⁴; чтобы кабинет следственного судьи функционировал автономно, а не в здании районного (городского) суда; и т. п.²⁵

2. Нормативное обеспечение компетенции следственного судьи; в том числе наделение данного субъекта всей системой необходимых полномочий по независимой и эффективной проверке представленных на разрешение (сторонами) ходатайств (ст. 108, 165 УПК РФ) или жалоб (ст. 125 УПК РФ).

Эффективная реализация оперативного судебного контроля и действительное создание комплекса надлежащих процессуальных гарантий прав и свобод личности в уголовном процессе объективно немыслимы без наделения следственного судьи системой необходимых полномочий по проверке и оценке всех материалов, представленных в суд сторонами. Суд как орган власти должен быть наделен безусловным полномочием входить в проверку и оценку представленных (инициатором ходатайства) обвинительных доказательств, оценивать их на предмет относимости, допустимости и достаточности для разрешения спора сторон по существу. Только на этой объективной основе судья вправе формировать вывод о наличии (отсутствии) юридических и фактических оснований для удовлетворения того или иного ходатайства, внесенного в суд, о признании законным и обоснованным обжалованного сторонами действия или решения органов уголовного преследования. Безусловно также право следственного судьи формулировать по итогам (подобной) проверки вывод о том, что те или иные сведения, представленные в суд сторонами в обоснование своих притязаний, не соответствуют признакам допустимости доказательств и потому не могут быть приняты судом в качестве фактической основы для разрешения того или иного ходатайства (жалобы), выступающего предметом контроля.

3. Реальное обеспечение, с одной стороны, автономности функционирования следственного судьи и его процессуальной независимости от вышестоящих судебных инстанций; с другой стороны, создание эффективной системы проверки законности и обоснованности решений самого следственного судьи.

Отдельные виды итоговых решений следственного судьи, естественно, могут стать предметом обжалования со стороны заинтересованных субъектов процесса. В данной связи необходимо комплексное решение вопросов о судебной инстанции, призванной к объективной проверке решений и выводов следственного судьи относительно предмета контроля. Данным органом вряд ли могут быть существующие кассационные инстанции областного (краевого и т. п.) суда, ибо эти инстанции (в известной степени) управляемы и изначально функционируют в соответствии с общими корпоративными целями и задачами судебной системы в целом. Обеспечить в данной связи действительно объективную

проверку итоговых решений следственного судьи, а не подчинение данного органа единым, изначально согласованным указаниям данная инстанция по идее не сможет. В силу чего на разрешение должен быть поставлен вопрос как о независимой судебной инстанции, призванной к проверке решений следственного судьи²⁶, так и о временных сроках (пределах) такого обжалования, ибо при направлении уголовного дела в суд названная инстанция a priori не вправе навязывать свои выводы суду, разрешающему дело по существу.

4. Необходимо также разрешение возможных коллизий, связанных с законной силой решений следственного судьи. К примеру, с преюдициальной силой его отдельных решений (выводов) для органов следствия, обвинения или суда первой инстанции, разрешающего дело по существу. На наш взгляд, очевидно, что если после состоявшейся кассационной (апелляционной) проверки решение следственного судьи (по предмету контроля) оставлено без изменения, то, к примеру, итоговые выводы следственного судьи о процессуальной недопустимости отдельных представленных данных должны быть a priori обязательными для следствия и прокурора, в том числе исключая ссылку на эти данные в обвинительном заключении. В то же время нуждается в обсуждении вопрос о том, насколько стороны вправе вновь ставить перед судом первой инстанции вопрос о доказательственном значении исключенных следственным судьей из процесса доказывания материалов; и т. п.

Возможны, конечно, и иные проблемы, которые (со временем) придется решать. Это пока не предмет настоящей работы, ибо, вступая в дискуссию, мы настаиваем (на первых порах) хотя бы на методологической точности терминов и понятий как относительно начального спора, так и предлагаемых российскому законодателю насущных реформ.

Сноски:

- 1 Работа подготовлена при содействии научно-исследовательского гранта Фонда научных исследований ГУ-ВШЭ № 10-04-0012 «Учитель–Ученики» 2010–2011 гг.
- 2 Подробнее см.: Ковтун Н.Н. О понятии и содержании термина «судебный следователь» (следственный судья) // Российский судья. 2010. № 5. С. 15–20.
- 3 Названные моменты настолько полно отражены применительно к генезису и функциям следственного судьи по УПК Франции, что, полагая, нет особой нужды еще раз обращаться к этим вопросам. См., напр.: Голово Л. В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995.
- 4 До реформы 1974 года субъектом указанной функции выступал и следственный судья ФРГ. См.: Гуценко К. Ф., Голово Л. В., Филимонов Б. А. Уголовный процесс западных государств. М., 2002. С. 294.
- 5 См.: Смирнов А. В. Предисловие // Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. СПб., 2003. С. 21–22.
- 6 См.: Стойко Н. Г. Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовой систем. Монография. СПб., 2006. С. 17.
- 7 В соответствии с Законом от 15.06.2000 № 2000-516 «О защите презумпции невиновности и прав потерпевших» часть полномочий следственного судьи (подчеркнем, именно юрисдикционного характера), как известно, перешла к судье по свободам и заключению.
- 8 Подробнее см.: Голово Л. В. Институт судебного контроля за предварительным заключением под стражу в континентальных формах уголовного процесса. http://www.lprc.kz/ru/index.php?option=com_content&task=view&id=112

- 9 Судья по (последним) публикациям, практически в аналогичном направлении предполагается реформировать досудебное производство в Республике Украина, где в контексте *raison d'état* также весьма обсуждаемы вопросы, связанные с полным отказом от такой формы расследования, как предварительное следствие. См., напр.: Украина: Ликвидация досудебного следствия. <http://www.kommersant.ua/doc.html?docId=1410455>
- 10 Очевидно, что если правило *raison d'état* интерпретируется в контексте необходимости сохранения «вертикали власти» и тоталитарного государства, то соединение в одном (легко управляемом) ведомстве функций предварительного следствия, оперативного судебного контроля за следствием и правосудия действительно оптимально для сохранения и укрепления имеющегося *status quo*. Однако в контексте развития основ гражданского общества именно *raison d'état* требует создания равновеликих и автономных друг от друга систем сдержек и противовесов. В этом контексте органы следствия, оперативного судебного контроля и разрешения дела по существу не могут быть сосредоточены в лице одного органа.
- 11 См. об этом: Рекомендация (2006) 13 Комитета министров государств – членов Совета Европы от 27 сентября 2006 года «О временном заключении, условиях, в которых оно исполняется, и создании гарантий против злоупотреблений» // СПС «КонсультантПлюс».
- 12 Известно, что уже к марту 1860 года Н. И. Стояновский подготовил проект «Учреждение следственных судей», который 3 апреля 1860 года был направлен в Государственный совет империи. Проект был принят практически без изменений, Принципиально поменялось только название следственных чиновников: термин «следственные судьи» был заменен на термин «судебный следователь». Инициаторы великой реформы смогли точно определить в вопросе о том, что названный субъект процесса, даже состоя при суде, должен не судить, а именно расследовать (собирать данные для суда). В итоге 8 июня 1860 года император утвердил Учреждение судебных следователей и Наказ судебным следователям...
- 13 См.: Муратова Н. Г. Система судебного контроля в уголовном судопроизводстве: вопросы теории, законодательного регулирования и практики: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2004. С. 10, 23; Сбоев А. С. Механизм судебного контроля в досудебном производстве России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2004. С. 18; и др.
- 14 Подчеркнем, что Ermittlungsrichter, в отличие от следственного судьи (*Untersuchungsrichter*), должность которого, как уже отмечалось, упразднена в 1975 г., вообще не занимается предварительным расследованием уголовных дел.
- 15 Подобнее см.: Ковтун Н. Н., Сулова Е. Н. Эффективность оперативного судебного контроля // Уголовное судопроизводство. 2010. № 3. С. 6–14.
- 16 Названная ситуация в последние годы стала столь очевидной, что уже стала предметом особого внимания Совета Европы. См.: Резолюция Парламентской Ассамблеи Совета Европы 1685 (2009)1 «О политически мотивированных злоупотреблениях в системе уголовного правосудия государств — членов Совета Европы» // СПС «Консультант Плюс».
- 17 Подробнее о сути этой проблемы см.: Ковтун Н. Н. О предрешенности внутреннего убеждения судей в судебно-контрольных производствах и стадиях уголовного судопроизводства России: вопрос тактики или стратегии судебной проверки // Научные труды Московской академии экономики и права. Вып. № 24. М.: МАЭП, 2009. С. 265–286.
- 18 См. подходы к разрешению этой «проблемы» в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», от 29.10.2009 № 22 «О практике применения судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста» // СПС «КонсультантПлюс».
- 19 См.: Судебный контроль в уголовном процессе / Под ред. Н. А. Колоколова. 2-е изд. М., 2009.
- 20 См.: Ковтун Н. Н. Оперативные судебно-контрольные производства, реализуемые по правилам статьи 165 УПК РФ // Уголовный процесс. 2010. № 1. С. 8–16.
- 21 Ковтун Н. Н., Ярцев Р. В. Практика функционирования судебного контроля, реализуемого в порядке статьи 125 УПК РФ // Уголовный процесс. 2007. № 11. С. 22–37.
- 22 См.: Ковтун Н. Н. Предмет судебного следствия в судебно-контрольных производствах // Уголовный процесс. 2007. № 3. С. 14–19.
- 23 При этом штат следственных судей (исходя из территориального признака их функционирования), порядок замещения на время отпуска или болезни, на наш взгляд, вполне просчитываемы как с учетом имеющейся, так и прогнозируемой нагрузки по реализации функции оперативного судебного контроля. См.: Ковтун Н. Н. Специализированный следственный судья: за и против // Российская юстиция. 2010. № 9.

- 24 Полагаем, в принципе не может быть признан продуктивным порядок, при котором следственный судья (временно) назначается на должность из числа действующих судей районного суда соответствующим распоряжением председателя того или иного суда (Латвия, Испания...), поскольку в данном случае налицо и явные элементы субъективизма выбора, и легко прогнозируемые элементы «управляемости» его итоговой деятельностью.
- 25 В принципе важно и то, чтобы структурно аппарат следственных судей функционировал автономно от остальных звеньев и инстанций судебной системы РФ, организационно, например подчиняясь: Контрольно-судебному департаменту при Верховном Суде РФ, Судебному департаменту при Верховном Суде РФ, Администрации Президента РФ (варианты – вполне обсуждаемы).
- 26 К примеру: в соответствии с УПК Франции Следственная Палата, которая ранее называлась Обвинительной Палатой (Chambre de l'accusation), является самостоятельным подразделением апелляционного суда. Основной функцией данного органа после реформы 2000 года является рассмотрение жалоб на решения следственного судьи и судьи по предварительному заключению (juge des libertes et de la detention).

КОРНУКОВ Владимир Михайлович,
заведующий кафедрой уголовного процесса
Саратовской государственной академии права,
доктор юридических наук, профессор

ПРЕИМУЩЕСТВА И НЕДОСТАТКИ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ПОРЯДКА СУДЕБНОГО ИССЛЕДОВАНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ, ПРЕДСТАВЛЕННЫХ ОРГАНАМИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Действующая система российского уголовного процесса и соответствующий порядок судебного исследования доказательств обладают существенным преимуществом по сравнению с другими системами права, в частности с англо-саксонским уголовным судопроизводством. Это преимущество заключается в том, что суд заведомо, еще до начала судебного следствия, располагает конкретными сведениями об основной массе доказательств, подлежащих исследованию, и даже имеет возможность ознакомиться с ними. Это значительно упрощает деятельность суда, процесс формирования его знания об обстоятельствах, составляющих предмет доказывания по делу, и в определенной мере положительно сказывается на сроках рассмотрения дела, поскольку по существу в таком случае в суде происходит не исследование как таковое, а проверка доказательств на предмет их соответствия той оценке, которая им была дана следователем. Оценка следователя выступает своеобразным ориентиром восприятия судом исследуемых доказательств. Поэтому ее подтверждение в судебном заседании воспринимается судом как естественное явление. При появлении соответствующих сомнений, внесенных показаниями либо сведениями, полученными из других источников, судьи вместо выяснения подлинности этих сведений стремятся, как правило, устранить то, что породило или порождает указанные сомнения. Например, по одному уголовному делу после обнаруженных по инициативе защитника расхождений в виде и цвете пакета, в котором подсудимый якобы хранил наркотическое вещество, судья, объявив перерыв, вызвал эксперта, который при допросе заявил, что после производства экспертизы поместил наркотическое вещество в другой пакет, так как первоначальный был им испорчен. Несмотря на заявление защиты о том, что указанные показания эксперта при отсутствии соответствующей записи в его заключении не могут служить подтверждением соответствия представленного государственным обвинителем вещественного доказательства тому, которое указано в протоколе личного обыска подсудимого, судья признал его допустимым и согласился с оценкой следователя. Между тем объективные данные свидетельствовали, что наркотическое вещество в ходе производства по делу было как минимум подменено, а возможно и сфальсифицировано. По крайней мере однозначного вывода о его происхождении сделать было невозможно.

Однако это обстоятельство никак не обеспокоило судью, поскольку все дальнейшее исследование доказательств укладывалось в рамки обвинительного заключения. Сработала схема, при которой решение суда по уголовному делу в принципе известно до начала судебного заседания. В основе этой схемы лежит то «преимущество» российского уголовного процесса, которое было обозначено в начале данной статьи. Оно обернулось и нередко оборачивается другой своей стороной, выступая своеобразной «ловушкой» для суда.

Не всякое преимущество организационно-практической значимости, касающееся деятельности суда, отвечает требованиям подлинного правосудия.

Порядок судебного исследования доказательств в нашем уголовном процессе обусловлен особенностями российского уголовного судопроизводства, которое подразделяется на досудебное и собственно судебное производства. Причем как по времени, так и по объему и сложности выполняемой работы второе слагаемое значительно уступает первому. Наука уголовного процесса всегда если не с восторгом, то с пониманием и определенным поощрением относилась к этому явлению. Ученые в монографиях, в учебниках, в лекционных пособиях подчеркивали и пропагандировали значимость предварительного расследования дела, утверждали, что оно обеспечивает установление объективной истины по уголовному делу, способствует его правильному разрешению в суде.

В то же время, говоря о соотношении предварительного расследования и судебного разбирательства, отмечали, что выводы, сделанные органами предварительного расследования, не имеют обязательного значения для суда, который самостоятельно повторно исследует все обстоятельства уголовного дела и собранные по нему доказательства. При этом совершенно не замечалась парадоксальность, содержащаяся в подобного рода рассуждениях. Если в ходе предварительного расследования устанавливается объективная истина, то зачем нужен суд и новое исследование собранных по делу доказательств. На всякий случай? Или для проверки выводов следователя и дознавателя? Ведь правосудие тоже было нацелено на установление объективной истины, а двух истин объективного характера не бывает.

Ныне доктрина российского уголовного процесса в корне изменилась. Из него полностью выхолощена идея установления объективной истины, он стал более формализованным (введен институт признания доказательств недопустимыми, предусмотрена возможность разрешения дела путем использования различных форм «сделки с правосудием» и т. д.). Тем не менее приведенные выше суждения и вопросы, возникающие по поводу соотношения предварительного расследования и судебного разбирательства, не утратили своей актуальности. Наоборот, они приобретают еще большую остроту, поскольку новые положения доктринально значимого характера практически никак не сказались на порядке собирания и исследования доказательств по уголовному делу. Несмотря на закрепленный в Основном законе и в УПК РФ принцип состязательности и равенства сторон, доказательственная база по делу по-прежнему формируется следователем и дознавателем, которые теперь открыто предстают в роли субъектов обвинения. Она же, эта база доказательств, представляется в суде и выступает основой формирования соответствующего решения, принимаемого судом по уголовному делу.

Деятельность другой стороны, выполняющей функцию защиты, носит подчиненно-опосредующий характер. Защита в российском уголовном процессе всегда сопровождала и ныне сопровождает (опосредует) уголовно-процессуальную деятельность стороны

обвинения и суда. Она не отвечает требованиям самостоятельно значимого направления уголовно-процессуальной деятельности, хотя с точки зрения теории уголовно-процессуальных функций в науке характеризуется именно так.

Все предпринимаемые в последние годы законодателем меры практически не изменили существа и фактической значимости этой деятельности. Даже несмотря на терминологические ухищрения, материалы, собираемые и представляемые защитником, практикой не воспринимаются в качестве доказательств. И следователи, и суд относятся к ним так же, как и раньше: принимают или отклоняют по своему усмотрению. Принимают, когда они не осложняют их деятельность, принципиально не меняют уже принятого либо предполагаемого решения по делу. Стремятся отклонить под различным предлогом, а то и вообще без какого-либо разумного обоснования, если они входят в противоречие с уже сложившемся мнением по уголовному делу.

Если отвлечься от некоторых внешне привлекательных декларативных атрибутов, то становится очевидным, что российский уголовный процесс как был, так и остался следственно-розыскным процессом, причем не самого лучшего образца. Он тавтологичен, тенденциозен и затратен.

Зачем, спрашивается, два-три, а то и более раз опрашивать и допрашивать одного и того же человека об обстоятельствах совершения предполагаемого преступления в ходе досудебного производства, а потом повторять все это в суде? На первый взгляд ответ на этот вопрос довольно прозаичен — надо, так велит закон. То же самое касается производства экспертизы, исследования вещественных доказательств и т. д.

И он (закон) в этой части вроде бы мудр. Ну как можно решить вопрос о возбуждении уголовного дела без опроса лица, подавшего соответствующее заявление или явившегося с повинной? А потом, при признании этого лица соответствующим участником процесса, его же надо допросить, а при появлении новых или несколько иных сведений о преступлении передопросить, т. е. допросить повторно или дополнительно. И так во всем. При изъятии вещества, похожего на наркотик, надо предварительно убедиться, что это наркотик, затем назначить и произвести экспертизу с целью определения его наименования, состава, объема и решения других вопросов. А при обнаружении трупа с признаками насильственной смерти вопросов еще больше.

В результате мы сталкиваемся с тем, что люди не только не хотят быть свидетелями, но и всеми способами стараются избежать вызова и явки в правоохранительные органы и в суд, если они случайно оказались в этой роли.

Своеобразно, но тоже не лучше обстоит дело и с производством экспертиз. Этот процесс растягивается на месяцы, потому что экспертные учреждения завалены соответствующими материалами, проводя экспертизы по решениям органов предварительного расследования и судов, зачастую не единожды по одним и тем же делам. К тому же экспертов нередко вызывают в суд для допроса, а виды и масштабы экспертной деятельности постоянно растут.

Принудительное доставление свидетелей, обеспечение их безопасности, расширение штатов экспертных учреждений чревато значительным удорожанием «продукта» уголовно-процессуальной деятельности. Бюджет и сегодня обеспечивает этот процесс минимальными средствами¹, а в будущем может просто не потянуть его.

Значит надо от чего-то отказываться. От чего? От необходимости обеспечения безопасности свидетелей и потерпевших отказываться нельзя, в противном случае наш процесс превратится в ничто. Надо отказаться от сложной, но так «дорогой» нам процедуры досудебного производства. Дорога́ она нашему уголовно-процессуальному сознанию прежде всего потому, что традиционно его связывали с триединым принципом (требованием) — всесторонности, полноты, объективности исследования обстоятельств уголовного дела, который, как считалось, обеспечивает установление объективной истины по делу. Давно в УПК нет статьи 20, он напрочь отказался, как уже упоминалось, от объективной истины как цели доказывания, но глубоко засевшее восприятие результатов расследования как единственно верного знания осталось в сознании многих правоприменителей. Это восприятие прежде всего как было, так и осталось на вооружении государственных обвинителей, которые весьма редко подвергают сомнению выводы следствия и собранные им доказательства по делу, несмотря на то что отношения прокурора со следствием по закону от 05.06.2007 существенно изменились.

Практически не изменилось, да и не могло измениться отношение судей к указанным материалам, потому что материалы следствия определяют предмет и пределы судебного разбирательства, а главное — именно на их основе осуществляется поиск решения по уголовному делу. Представление доказательств защитой в суде в нашем процессе выглядит как попытка опровергнуть уже достаточно определенное знание о предмете познания.

Закрепленное в законе (ст. 244 УПК) правило о равенстве прав на представление доказательств — блеф. Сторона обвинения в суде представляет развернутую, выверенную в ходе следствия систему доказательств, полученную и созданную в условиях тайны предварительного следствия, т. е. при отсутствии даже элементов гласности (подписка о неразглашении может быть отобрана, на практике такие случаи встречаются, даже у защитника). Эта система доказательств имеет официальное значение и подлежит обязательному исследованию в суде. Отказать обвинителю в ходатайстве об исследовании любого из этих доказательств суд не вправе. Что касается защиты, то она находится в совершенно ином положении. Ей вначале надо убедить суд и обвинителя (поскольку суд принимает решения с учетом его мнения) в том, что представляемый предмет, документ и т. д. имеет отношение к делу, обладает необходимыми свойствами и подлежит приобщению к уголовному делу. А как можно убедить суд и тем более обвинителя в принятии доказательства, опровергающего или ставящего под сомнение предъявленное подсудимому обвинение, если они психологически не расположены к этому. По уголовному делу П. защитник в целях опровержения первоначальных показаний осужденного за то же преступление Е. в отношении П. ходатайствовал об истребовании из уголовного дела по обвинению Е. и других заключение судебно-медицинского эксперта, которое подтверждало заявление Е. о том, что он оговорил П. вследствие применения к нему физического воздействия при задержании. Суд отказал в удовлетворении этого ходатайства, ссылаясь на то, что указанное заключение эксперта не имеет отношения к делу. Такое же решение судом было принято по ходатайству защитника о приобщении к материалам уголовного дела копии этого заключения, полученного им самостоятельно в бюро судебно-медицинских экспертиз. Проявленная судом последовательность в неприятии доказательств защиты объяснялась просто — они (эти

доказательства) подрывали версию обвинения об участии П. в инкриминируемом ему преступлении.

Защита борется не только с открыто выраженной позицией обвинения, но и со скрытым нежеланием суда отступить от обвинительного заключения. Эта психологическая предрасположенность порождается тем, что всякое отступление от обвинительного заключения осложняет деятельность судей, затрудняет, усложняет процесс.

Порочность существующего порядка судебного исследования доказательств заключается прежде всего в том, что он, облегчая деятельность суда, порождает психологический настрой не искать истину, а идти по уже обозначенному пути. Результат известен. Количество оправдательных приговоров по стране не превышает и не может превысить при нынешней ситуации 1%, хотя это отнюдь не гарантирует законность, обоснованность и справедливость всех остальных. Вступив в законную силу, они просто признаются таковыми.

Что можно и нужно сделать по преданию должного соотношения досудебного и судебного производств и повышению качества правосудия по уголовным делам?

На наш взгляд, во-первых, надо отказаться от проведения предварительного расследования в нынешнем виде по делам небольшой, средней тяжести и ряду тяжких преступлений, по которым установление обстоятельств их совершения не представляет большой сложности. Всю досудебную деятельность в форме дознания по таким делам следует свести к минимуму, обеспечивающему выявление и, при необходимости, задержание подозреваемого. Во-вторых, следователя, производящего расследование по остальным уголовным делам, вывести из состава субъектов обвинения и возложить на него выполнение одной единственной функции — функции расследования. В-третьих, установить, что результаты деятельности следователя по уголовному делу оценивается прокурором, которой принимает решение о направлении уголовного дела в суд для предания обвиняемого суду либо о его прекращении. При несогласии с решением прокурора следователь использует предоставленное ему право обращения в суд.

Предание суду должно всегда осуществляться в форме предварительного слушания. Судья, принявший такое решение, не вправе рассматривать уголовное дело по существу.

С учетом изложенного и Указа Президента РФ «Вопросы Следственного комитета Российской Федерации» от 27 сентября 2010 г. можно прогнозировать дальнейшее развитие ситуации по реформированию следствия и следственного аппарата. Вся подследственность уголовных дел следователям переходит во вновь созданный следственный комитет. Другие ведомства, где ныне существуют следственные подразделения, осуществляют дознание по соответствующим уголовным делам.

Сноска:.....

1 Заработная плата следователя в МВД составляет 12–15 тысяч рублей, эксперта и того меньше. Расходы, связанные с явкой к следователю и в суд свидетелям и потерпевшим, практически не возмещаются. Что касается средств по обеспечению безопасности свидетелей, то об их фактической достаточности можно только мечтать.

КРУГЛИКОВ Анатолий Петрович,

профессор Волгоградского государственного университета,
кандидат юридических наук, профессор,
почетный работник высшего профессионального
образования Российской Федерации

РАЗУМНЫЙ СРОК УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА И РАЗУМНОЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

4 мая 2010 г. вступил в силу Федеральный закон Российской Федерации от 30 апреля 2010 г. № 69-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок”¹, которым в УПК РФ включена статья 6¹ под названием «Разумный срок уголовного судопроизводства». Появление этой статьи в УПК РФ порождает различные вопросы, в том числе и такой: как соотносятся между собой понятия «разумный срок уголовного судопроизводства» и «разумное уголовно-процессуальное законодательство»? «Разумные», конечно же, не в том смысле, что они обладают разумом, а в смысле «логичных, основанных на разуме, целесообразности»².

Ответ, казалось бы, очевиден: разумное уголовно-процессуальное законодательство должно содержать и разумный срок уголовного судопроизводства. Но здесь возникают новые вопросы: разумно ли действующее уголовно-процессуальное законодательство и что же следует понимать под разумным сроком уголовного судопроизводства?

Прежде всего необходимо отметить, что введенный в действие с 1 июля 2002 г. Уголовно-процессуальный кодекс РФ, конечно же, должен был вобрать в себя относящиеся к нему лучшие предложения научных и практических работников, достижения предыдущего уголовно-процессуального законодательства, соответствующие решения Конституционного Суда РФ, которыми были признаны не соответствующими Конституции РФ многие положения УПК РСФСР и, само собой разумеется, положения Концепции судебной реформы в Российской Федерации, представленной Президентом РСФСР и одобренной постановлением Верховного Совета РСФСР 24 октября 1991 г.³

Конечно, многое из названного в УПК РФ было учтено, кодекс содержал положения, образующие его определенную концепцию — с учетом глубоких демократических преобразований в обществе и государстве. Но затем стали приниматься законы, изменяющие концепцию кодекса, включающие в него положения, прямо противоположные ранее в нем

содержащимся, в том числе противоречащие принятой Концепции судебной реформы в Российской Федерации (в дальнейшем — Концепции).

Назовем без особых комментариев лишь некоторые положения законов, противоречащих указанной Концепции и первоначальной направленности кодекса.

1. В Концепции провозглашалось: «...признать право гражданина на рассмотрение его дела судом присяжных, если ему грозит наказание в виде лишения свободы на срок свыше 1 года» (с. 41). Однако Федеральным законом от 30 декабря 2008 г. № 321-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам противодействия терроризму»⁴ подсудность уголовных дел, рассматриваемых с участием присяжных заседателей, значительно сокращена, этим законом внесены изменения в ст. 30 и 31 УПК РФ.

2. Часть 7 ст. 31 УПК РФ содержала важные демократические завоевания граждан России, в ней говорилось: «Если уголовное дело по обвинению группы лиц подсудно военному суду в отношении хотя бы одного из них, то данное уголовное дело может рассматриваться военным судом, если против этого не возражают то лицо или те лица, которые не являются военнослужащими или гражданами, проходящими военные сборы. При наличии возражений со стороны указанных лиц уголовное дело в отношении их выделяется в отдельное производство и рассматривается соответствующим судом общей юрисдикции. В случае если выделение дела в отдельное производство невозможно, данное уголовное дело в отношении всех лиц рассматривается соответствующим судом общей юрисдикции». То есть приоритет отдавался суду общей юрисдикции, но ч. 7 ст. 31 УПК РФ утратила силу в связи с принятием Федерального закона от 27 декабря 2009 г. № 346-ФЗ «О внесении изменений в статьи 31 и 35 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»⁵.

3. В Концепции в числе рудиментов обвинительной роли суда была названа обязанность направлять уголовные дела на доследование при неполноте расследования (с. 85). В УПК РФ в первые годы его действия было закреплено правило, в соответствии с которым суд не имел права направлять дело для дополнительного расследования, однако в связи с внесением ряда изменений в ст. 237 УПК РФ суд фактически получил такое право.

4. В Концепции отмечалось, что в пореформенном законодательстве должна отсутствовать обязанность суда восполнять пробелы предварительного расследования за счет самостоятельного поиска доказательств (с. 84). Однако в ст. 86 УПК РФ содержится право суда собирать доказательства путем производства следственных и иных процессуальных действий.

5. Концепцией было предусмотрено право следователя при несогласии с указаниями прокурора представлять дело в суд, который принимает в этих случаях окончательное решение (с. 91). УПК РФ данное правомочие следователя не предусматривает.

6. Концепцией (с. 85) (и Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод — ст. 6) предусмотрено закрепление за обвиняемым права на допрос и вызов его свидетелей на тех же основаниях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него. В УПК РФ такое право обвиняемого не закреплено.

7. Изменена первоначальная редакция ст. 405 УПК РФ, содержащая важные положения, относящиеся к недопустимости поворота к худшему при пересмотре судебного решения в порядке надзора.

8. Относительно роли руководителей следственных подразделений в Концепции сохранилось указание, что они «ведут организационно-ресурсным обеспечением следственной работы, не вмешиваясь в процессуальную деятельность следователей» (с. 91). Внесенные в УПК РФ изменения после введения его в действие прямо противоположны Концепции: в соответствии со ст. 39 УПК РФ руководитель следственного органа обладает многими процессуальными правами, влияющими на ход и результаты процессуальной деятельности следователя.

9. Глава 57 УПК РФ, содержащая перечень бланков процессуальных документов, утратила силу в связи с принятием Федерального закона от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации»⁶. Вопросы законодателю: зачем она включалась в УПК РФ и почему стала ненужной?

10. В Концепции предусмотрено сохранение за прокурором функции процессуального руководства расследованием и названы соответствующие полномочия (с. 61). Эти его необходимые полномочия и содержались в УПК РФ в ст. 37, но в связи с принятием Федерального закона от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ они прокурором во многом утрачены и в большинстве своем перешли к руководителю следственного органа.

Выше названы лишь некоторые противоречия и несоответствия действующего УПК РФ относительно Концепции судебной реформы в Российской Федерации и положений, ранее содержащихся в УПК РФ. *За период, последовавший после введения в действие УПК РФ с 1 июля 2002 г., в него внесены сотни различных изменений и дополнений*, в том числе включено несколько новых глав, — все это позволяет, на наш взгляд, говорить о некотором изменении первоначальной концепции кодекса и дает возможность в определенной мере судить о его «логичности, основанности на разуме и целесообразности». И вот новое дополнение в УПК РФ — включение в него, как отмечалось выше, статьи 6¹ под названием «Разумный срок уголовного судопроизводства». Проанализируем положения данной статьи.

Причины ее появления в УПК РФ общеизвестны. Так, Н. Козлова в публикации «Нескорый суд» отметила: «Разговоры о необходимости компенсации гражданам за чрезмерно затянутое по времени судопроизводство ведутся в России как минимум три года. Более того, за двенадцать лет в Страсбургском суде скопилось около пятидесяти тысяч жалоб от россиян. Речь идет только о тех жалобах, когда наши соотечественники возмущены не ущемлением их прав, не какими-то спорными решениями чиновников, а “всего лишь” бесконечной судебной процедурой, которая может длиться годами. Бывали случаи, когда, не дождавшись решения “их чести”, умирали истцы или ответчики, оспариваемая собственность по несколько раз переходила из рук в руки, а то и вовсе куда-то исчезала. Именно за невероятно долгое и неспешное судопроизводство нашу страну не раз критиковал Европейский суд по правам человек. В декабре прошлого года Европейский суд даже выделил три миллиона евро на борьбу с судебной волокитой в России и неисполнением вердиктов»⁷.

Принятие законодателем мер, направленных на ускорение производства по уголовным делам, а значит, и на защиту прав и свобод граждан, вовлеченных в уголовное судопроизводство, можно только приветствовать. Вместе с тем положения рассматриваемой статьи,

на наш взгляд, страдают неопределенностью и в определенной мере противоречат другим нормативным предписаниям.

В ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод говорится о праве каждого на справедливое публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основе закона. То есть речь идет о *разбирательстве конкретного дела в разумный срок*, а не о разумном сроке всего уголовного судопроизводства, понятие которого в УПК РФ отсутствует.

Часть 3 ст. 6¹ УПК РФ устанавливает, что разумный срок уголовного судопроизводства включает в себя период «с момента начала осуществления уголовного преследования». Здесь необходимо отметить следующее. Как представляется, законодатель не учел в полной мере того обстоятельства, что в соответствии с п. 56 ст. 5 УПК РФ уголовное судопроизводство состоит из досудебного и судебного производства по уголовному делу. А п. 9 ст. 5 УПК РФ устанавливает, что досудебное производство — уголовное судопроизводство с момента получения сообщения о преступлении до направления прокурором уголовного дела в суд для рассмотрения его по существу.

Следовательно, согласно УПК РФ, срок уголовного судопроизводства начинает течь с момента получения сообщения о преступлении. Законодатель же ограничивает начало разумного срока уголовного судопроизводства моментом начала осуществления уголовного преследования. А как тогда называть срок производства по делу до момента начала осуществления уголовного преследования?

И здесь необходимо указать на еще одно противоречие в УПК РФ. С одной стороны, законодатель понимает уголовное преследование как процессуальную деятельность, осуществляемую стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления. В таком случае уголовное преследование начинается с момента появления в деле подозреваемого или обвиняемого (отметим, что срок производства по делу имел место и до этого момента). В другом случае, если обратиться к положениям ст. 21 УПК РФ, имеющей название: «Обязанность осуществления уголовного преследования», уголовное преследование начинается с момента обнаружения признаков преступления, поскольку ч. 2 этой статьи предписано: «В каждом случае обнаружения признаков преступления прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают предусмотренные настоящим Кодексом меры по установлению события преступления, изобличению лица или лиц, виновных в совершении преступления». Таким образом, уголовное преследование осуществляется с момента обнаружения признаков преступления и в отношении неустановленного преступника путем обнаружения и закрепления следов преступления, принятия иных мер — с целью последующего его изобличения в совершении преступления и привлечения к уголовной ответственности. На наш взгляд, законодатель не определил четко момент начала осуществления уголовного преследования, с которым он в ст. 6¹ УПК РФ связывает определение разумного срока уголовного судопроизводства.

Общеизвестно, что на многочисленные недостатки УПК РФ, в том числе на содержащиеся в его нормах противоречия, на фактическое изменение первоначально заложенной в нем концепции, постоянно указывают практические и научные работники. Анализ всех внесенных в УПК РФ дополнений и изменений, существенно изменивших первоначальное

его содержание, приводит к выводу о необходимости принятия новой редакции кодекса, для чего следует создать кодификационную группу из числа высококвалифицированных юристов — научных и практических работников, представителей заинтересованных ведомств. Подготовленный новый проект УПК РФ необходимо будет опубликовать для широкого обсуждения и учесть высказанные предложения.

Здесь уместно сказать о том, что многие недостатки УПК РФ, вызванные в том числе постоянным внесением в него огромного количества изменений и дополнений, присущи и УК РФ.

В Российской газете 10 июня 2010 г. опубликована подготовленная группой авторов из девяти докторов юридических наук, профессоров из различных городов России статья: «Ошибки в Уголовном кодексе»⁸. Они, в частности, пишут о том, что законодатель конструирует все новые и новые составы преступлений, за которые надлежит привлекать к уголовной ответственности. При этом некоторые из этих составов сконструированы так, что в текстах новелл не могут разобраться ни ученые, ни практики. Авторы отметили, что в прошлом году УК исправлялся и дополнялся тринадцатью законами. Только одним из них — № 377-ФЗ от 27 декабря 2009 г.⁹ — изменения были внесены в 110 статей УК РФ. А в декабре 2003 г. одновременно были модифицированы 266 статей. По мнению авторов, из первоначально цельного и системного акта он превратился в некое лоскутное одеяло, наполнился внутренними противоречиями, стал включать в себя совершенно ненужные для него нормы. Авторы предлагают подготовить проект новой редакции Уголовного кодекса.

Присоединяясь к позиции авторов названной статьи, вместе с ними отмечу, что Уголовный кодекс и Уголовно-процессуальный кодекс — элементы правовой культуры, по которым в определенной степени можно судить и о состоятельности власти, и о состоянии общества в целом.

Сноски:.....

- 1 См.: Собрание законодательства РФ. 2010. № 18. Ст. 2144.
- 2 См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1986. С. 568.
- 3 См.: Концепция судебной реформы в Российской Федерации / Сост. С.А. Пашин. М., 1992.
- 4 См.: Российская газета. 2008. 31 декабря.
- 5 См.: Российская газета. 2009. 29 декабря.
- 6 См.: Российская газета. 2007. 8 июня.
- 7 См.: Российская газета. 2010. 4 мая.
- 8 См.: Российская газета. 2010. 10 июня.
- 9 См.: Федеральный закон от 27 декабря 2009 г. № 377-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с введением в действие положений Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации о наказании в виде ограничения свободы» // Российская газета. 2009. 30 декабря.

ЛАЗАРЕВА Валентина Александровна,
заведующая кафедрой уголовного процесса и криминалистики
Самарского государственного университета,
адвокат Самарской областной коллегии адвокатов,
доктор юридических наук, профессор

СТЕРЕОТИПЫ МЫШЛЕНИЯ КАК ТОРМОЗ СТАНОВЛЕНИЯ СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Уголовное судопроизводство, гласит ст. 15 УПК РФ, осуществляется на основе состязательности сторон. Функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо. Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или стороне защиты. Суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав. Стороны обвинения и защиты равны перед судом. Эти положения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации отражают закономерное стремление России к идеалам правового демократического государства, обязанностью которого является признание, соблюдение и защита прав и свобод личности (ст. 2 Конституции РФ). Права и свободы человека и гражданина составляют смысл, содержание и применение законов, деятельности органов государственной власти и местного самоуправления и обеспечиваются правосудием (ст. 18).

Гарантированная государством защита прав и свобод человека и гражданина обеспечивается предоставлением ему справедливой судебной процедуры для рассмотрения спора о гражданских правах или обязанностях или предъявленного лицу уголовного обвинения (ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод). Только справедливая судебная процедура способна обеспечить человека эффективной судебной защитой, и только состязательная форма уголовного судопроизводства способна обеспечить справедливость судебного разбирательства. Состязательность уголовного судопроизводства, таким образом, гарантирует процессуальное равноправие сторон и справедливое рассмотрение и разрешение уголовного дела, обеспечивает реализацию назначения уголовного судопроизводства как механизма защиты прав и свобод нуждающихся в такой защите лиц (ст. 6 УПК РФ).

Однако являющееся состязательным *de jure*, уголовное судопроизводство России отнюдь не является таковым *de facto*. Идеи состязательности и справедливости не толь-

ко не овладели армией правоприменителей, но с трудом пробиваются и в науке. Причина тому — стереотипы нашего процессуального мышления, штампы, сложившиеся и пустившие глубокие корни за десятилетия советской эпохи. Это, прежде всего, учение об объективной истине как цели судопроизводства, следователе как объективном исследователе фактов и обстоятельств, суде как субъекте доказывания и доказывании как деятельности, состоящей в собирании, проверке и оценке доказательств. Разумеется, это не единственная причина того печального состояния практики расследования и рассмотрения уголовных дел, которое мы сегодня имеем, но именно эти, во многом идеологически обусловленные советской эпохой, штампы, влияя на наше восприятие установленных уголовно-процессуальным законом правил, искажают их подлинный смысл, препятствуют формированию действительно, а не по-советски, состязательного (и справедливого!) судопроизводства. Разрушение стереотипов — процесс болезненный, но необходимый, если мы хотим добиться изменения ситуации. Устаревание идей и представлений — процесс естественный, отказ от них, пересмотр научных концепций — процесс закономерный.

Одна из наиболее «вредных» для состязательности идей — отрицание роли следователя как субъекта уголовного преследования. Именно она влечет искаженное представление о понятии, цели и субъектах доказывания, формирует гипертрофированную ценность материалов предварительного расследования для суда, чем фактически тормозит развитие состязательных начал уголовного судопроизводства.

Следователь — это субъект уголовного преследования. Уголовное преследование как деятельность, направленная на изобличение подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления, совпадает с доказыванием: изобличение подозреваемого, обвиняемого происходит в процессе доказывания его вины. Изобличить лицо в совершении преступления можно, только собрав убедительную совокупность неопровержимых доказательств, поэтому уголовное преследование осуществляется путем производства следственных и иных процессуальных действий, направленных на выявление доказательственной информации, т. е. сведений, которые можно использовать для проверки обоснованности подозрения и обоснования выдвинутого против лица обвинения. Поиск, обнаружение и закрепление в целях сохранения для последующего использования этих сведений — задача досудебного этапа уголовного процесса, само существование которого обусловлено необходимостью выявления оснований и создания условий для передачи уголовного дела на рассмотрение суда. В состязательном процессе сама возможность судебного разбирательства целиком и полностью зависит от волеизъявления обвинителя (частного или официального). В делах публичного и частно-публичного обвинения право обратиться в суд с утверждением о совершении лицом преступления и просьбой о его наказании («прошения о наложении на обвиняемого уголовной ответственности»¹, говоря словами И. Я. Фойницкого) принадлежит официальным органам обвинительной власти. И поскольку обвинитель всегда несет ответственность за обоснованность выдвинутого против лица обвинения, он может принять такое решение, только имея в своем распоряжении достаточную совокупность убедительных доказательств виновности обвиняемого лица. Поэтому предварительное расследование, начатое при наличии одних только признаков преступления (ч. 2 ст. 140 УПК),

нацелено на выявление всех обстоятельств его совершения, обнаружение и изобличение совершившего это преступление лица. Если подозреваемое или обвиняемое в совершении преступления лицо в ходе расследования не изобличено, есть основания сомневаться в том, что лицо, совершившее преступление, обнаружено, ибо не известно еще, то ли лицо было обнаружено.

Таким образом, предварительное расследование — это деятельность следователя или — в зависимости от формы расследования — дознавателя, направленная на раскрытие преступления, выявление и изобличение лица, его совершившего. Раскрытие преступления, выявление и изобличение лица, совершившего преступление, и есть стоящая перед органом расследования цель. «Какими бы фактическими данными ни располагал следователь, приступая к расследованию уголовного дела, он свою работу будет строить так, чтобы установить (или подтвердить) вину обвиняемого, а если такового нет — найти его. И эта работа (постановка целей, выдвижение версий, планирование, применение различных тактических приемов) будет подчинена общей цели — изобличению виновного»². Для достижения этой цели он совершает определенные поисковые, познавательные и удостоверительные действия, принимает процессуальные решения, привлекает лицо в качестве обвиняемого, предъявляет обвинение и совершает иные необходимые действия. В целях обеспечения эффективности этой деятельности, т. е. для достижения задачи изобличения виновного, он применяет меры принуждения. «Функциональное назначение его деятельности одно — устанавливая признаки преступления, возбуждать уголовные дела при наличии определенных законом оснований, устанавливать и изобличать посредством собирания доказательств лиц, совершивших преступные деяния, и передавать уголовные дела на них в суд»³, а это и есть уголовное преследование. Определив функцию органов расследования именно как уголовное преследование, законодатель дал основание для понимания предварительного расследования как формы уголовного преследования.

Такая характеристика предварительного расследования не зависит от того, имеется ли в наличии подозреваемое лицо⁴. Совершение преступления порождает право государства на наказание лица, его совершившего, но реализация этого права требует усилий по установлению личности правонарушителя. «Право наказания создает для государства право на деятельность, имеющую задачей осуществление карательной власти в каждом отдельном случае»⁵. Поэтому возбуждение уголовного дела является и возбуждением (началом) уголовного преследования (неизвестного) лица, совершившего преступление, в целях его выявления, обнаружения и изобличения. Бесконечно прав был М. А. Чельцов: «...уголовный процесс должен быть начат, если органы, имеющие право на возбуждение уголовного преследования, располагают данными о совершившемся (или подготавливаемом) преступлении. Лицо, его совершившее, может скрыться. Оно может быть известно органам прокуратуры лишь по приметам и вовсе быть не известным. И все же уголовное преследование должно быть возбуждено»⁶.

Сказанное не означает, что в ходе предварительного расследования не должны выясняться обстоятельства, свидетельствующие о невиновности или меньшей виновности обвиняемого, а также смягчающие его ответственность, или не должны проверяться

факты, противоречащие версии о виновности обвиняемого, доводы, приводимые обвиняемым в свою защиту, игнорироваться оправдательные доказательства. Такое (одностороннее) расследование не имеет ничего общего с концепцией расследования как формы уголовного преследования. Предварительное следствие, как и дознание, только тогда достигает требуемой степени эффективности, когда проверены все версии, в том числе о невиновности обвиняемого, и опровергнуты доводы и доказательства, приводимые и представляемые стороной защиты, ослабляющие или опровергающие обвинение. Иными словами, расследование или уголовное преследование должно быть объективным, иначе его результаты не выдержат в суде проверки гласностью, непосредственностью, состязательностью.

Не будем забывать, публичное уголовное преследование ведется от имени государства государственными органами и состоящими на службе государства должностными лицами, а потому подчиняется требованию законности (ст. 7 УПК). Значит, в процессе уголовного преследования должны соблюдаться закрепленные и гарантированные законом права и свободы участников уголовного судопроизводства, а предъявленное лицу обвинение должно быть основано на достаточной совокупности достоверных и законным способом полученных доказательств. Чтобы достичь цели изобличения виновного, следователь обязан выяснить все обстоятельства, имеющие значение для дела (входящие в предмет доказывания), проверить версию обвиняемого, опровергнуть доводы стороны защиты. Доказать наличие оснований уголовной ответственности можно, только доказав отсутствие обстоятельств, которые исключают эту ответственность. Это очевидно. Объективность, полнота и всесторонность расследования – нормальные и необходимые условия его эффективности: совокупность доказательств, обосновывающих виновность лица, должна быть такой, которая исключала бы какой-либо другой вывод в отношении этого лица. Точно так же и выполнение органом расследования возложенных на него многочисленных обязанностей по обеспечению прав участников процесса является обязательным условием, при котором результаты расследования обладают свойством допустимости, т. е. приемлемы для обоснования обвинения.

Изложенное, однако, не меняет функции следователя (дознателя), не дает основания говорить, что следователь действует в интересах защиты⁷ или является не обвинителем, а объективным исследователем⁸, выполняет функции обвинения, защиты и разрешения дела одновременно⁹, а лишь характеризует ее определенным образом. Уголовное преследование осуществляется следователем именно путем полного и всестороннего исследования обстоятельств дела¹⁰. Расследование или исследование обстоятельств дела не имеет никакой другой цели, кроме обнаружения и изобличения лица, совершившего преступление, а это и есть уголовное преследование. Уголовное преследование, таким образом, является содержанием предварительного расследования. Предварительное расследование, в свою очередь, выступает формой уголовного преследования.

Наиболее заметно функциональное различие субъектов уголовно-процессуальной деятельности проявляется в доказывании. Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого, обвиняемого, лежит на стороне обвинения (ч. 2 ст. 14 УПК), и пока обвинение в установленном законом порядке не доказано (а счи-

тать его доказанным можно только с момента вступления в законную силу обвинительного приговора суда), обвиняемый считается невиновным (ч. 1 ст. 14). Неустрашимые сомнения в виновности обвиняемого толкуются в пользу обвиняемого (ч. 3 ст. 14), поскольку они не позволяют обосновать достоверный вывод, а предположения, т. е. знания, основанные на вероятности, не могут быть использованы для обоснования обвинительного приговора (ч. 4 ст. 14). Возбуждая уголовное преследование против конкретного лица, следователь, дознаватель обязаны доказать его виновность, поэтому, осуществляя в ходе предварительного расследования уголовное преследование, они осуществляют доказывание виновности подозреваемого, обвиняемого.

Разумеется, предварительное расследование как сложноорганизованная деятельность не может быть целиком сведено к уголовному преследованию. Следователь и дознаватель выполняют в процессе расследования огромное количество организационно-распорядительных, и правообеспечительных мероприятий, каждое из которых имеет свою цель и связанное с этой целью значение. Однако при ближайшем рассмотрении этой массы мероприятий нельзя не видеть их подчиненности основной цели органа предварительного расследования. Например, возбуждение уголовного дела является необходимым условием начала активной деятельности по осуществлению уголовного преследования. Соединение в одно производство уголовных дел обеспечивает полноту уголовного преследования. Предоставляя обвиняемому возможность получить квалифицированную помощь, следователь обеспечивает законность уголовного преследования и возможность довести его до логического завершения, т. е. до вступления обвинительного приговора в законную силу. Невыполнение этих действий чревато негативными для уголовного преследования последствиями: возвращением уголовного дела из суда (п. 4 ч. 1 ст. 237 УПК), отменой приговора (ст. 381 УПК РФ).

С этих же позиций следует решительно отвергнуть попытки представить полномочие органов предварительного расследования по прекращению уголовных дел как свидетельство функции разрешения уголовного дела. Разрешения уголовного дела по существу его основного вопроса (виновен или невиновен обвиняемый) при прекращении дела не происходит. Прекращая дело, обвинительная власть в силу тех или иных обстоятельств отказывается от продолжения уголовного преследования. Причины такого решения различны: неэффективность уголовного преследования, в силу которой лицо, совершившее преступление, не установлено или не изобличено; объективные обстоятельства, не позволяющие обвинительной власти добиваться привлечения лица к уголовной ответственности (истечение срока давности уголовного преследования); нецелесообразность продолжения уголовного преследования в условиях, когда социальная справедливость может быть восстановлена без применения мер уголовной ответственности. Однако в любом случае прекращение уголовного дела и/или уголовного преследования является способом осуществления следователем или дознавателем полномочий, принадлежащих им как органам обвинительной власти.

Эффективное предварительное расследование является необходимым условием реализации государством своего права возложить ответственность на совершившее преступление лицо, но реализация этого права — исключительная прерогатива судебной власти.

Независимый от органов предварительного расследования, не выполняющий функцию уголовного преследования, суд рассматривает уголовное дело точно так же, как он рассматривает всякое другое обращение к нему (иск, жалобу) — по правилам состязательного судопроизводства. Поэтому, направив в суд уголовное дело, обвинительная власть продолжает уголовное преследование и доказывание виновности обвиняемого путем поддержания государственного обвинения. Государственное обвинение, таким образом, выступает как самостоятельная форма уголовного преследования, возникновение которой целиком зависит от результатов предварительного расследования.

Предварительное расследование и поддержание государственного обвинения в суде взаимосвязаны и взаимообусловлены. Сформулированное в досудебном производстве обвинение определяет пределы уголовного преследования в суде. Государственный обвинитель вправе добиваться признания подсудимого виновным лишь в том преступлении, обвинение в котором ему было предъявлено органом предварительного расследования, и не может выйти за его пределы. Объем претензий государства к обвиняемому, изложенный в обвинительном заключении, обвинительном акте, государственным обвинителем может быть лишь уменьшен, но увеличению ни при каких условиях не подлежит. Исправление допущенной органом расследования ошибки в объеме обвинения и в его юридической квалификации ограничено требованием недопустимости поворота к худшему. Неполнота предварительного расследования, которая послужила причиной такой ошибки, в судебном заседании невосполнима. Существенно затрудняют задачу государственного обвинителя, а иногда делают ее невыполнимой допущенные в ходе предварительного расследования нарушения предусмотренных законом правил производства следственных действий и принятия процессуальных решений, нарушения прав участвующих в предварительном расследовании лиц. Эффективность выполнения в суде задачи, возложенной на государственного обвинителя, таким образом, во многом зависит от качества предварительного расследования: его полноты, объективности, законности. Этим и обусловлена необходимость прокурорского надзора за предварительным расследованием — выполнение органами предварительного следствия и дознания стоящих перед ними задач позволяет прокурору продолжать уголовное преследование в суде. Поэтому прокурор наделяется властными полномочиями, позволяющими ему влиять на предварительное расследование, обеспечивая законность уголовного преследования, что позволяет рассматривать надзор за процессуальной деятельностью органов следствия и дознания как особую (косвенную) форму уголовного преследования. Выполнив свою задачу на этом этапе, прокурор получает возможность направить уголовное дело на разрешение суда.

Таким образом, досудебное производство, несостязательное в силу изложенной характеристики осуществляющих его субъектов, создает условия для состязания в суде, формирует предмет и определяет пределы предстоящего судебного разбирательства, но не предопределяет и не может предопределять его результатов. Это деятельность стороны, которая не может иметь с судом, если он независим, общих целей и задач. Стремление сохранить представление о расследовании как полном, объективном и всестороннем исследовании обстоятельств преступления есть смешение функций, посягательство на прерогативу судебной власти, на состязательность.

Сноски:

- 1 Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. СПб., 1997.
- 2 Дубривный В. А. Деятельность следователя по расследованию преступлений. Общая характеристика. Цели. Действия. Саратов, 1987. С. 26.
- 3 Корнуков В. М. Обеспечение прав личности в состязательном уголовном процессе // Вестник СААП. Саратов. 2000. № 2. С. 3–4.
- 4 Хотя в науке существует мнение, что уголовное преследование возможно только в отношении конкретного лица. См., например: Ларин А. М. Расследование по уголовному делу. Процессуальные функции. М., 1986. С. 37–39.
- 5 Фойницкий И. Я. Указ. соч. С. 3.
- 6 Чельцов М. А. Советский уголовный процесс. М., 1951. С. 89.
- 7 Так считает, в частности, И. Л. Петрухин: занимаясь проверкой версий, противостоящей обвинению, «следователь (дознатель) действует в интересах защиты, т. е. совмещает в одном лице функции обвинения и защиты». Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Часть 1. М., 2004. С. 23. С позиций логики это мнение не выдерживает критики – опровержение есть такой же прием доказывания, как и обоснование.
- 8 Азаров В. А., Ревенко Н. И., Кузембаева М. М. Функции предварительного расследования в истории, теории и практике уголовного судопроизводства. Омск, 2006. С. 23.
- 9 См.: Савицкий В. М. Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. М., 1975. С. 44, 46.
- 10 Неточным представляется утверждение, что следователь «сочетает уголовное преследование со всесторонним и полным исследованием обстоятельств дела» (см.: Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам. М., 2008. С. 227), оно создает ошибочное впечатление, что речь идет о двух разных видах деятельности. Более правильное, на наш взгляд, определение дано автором в другой работе: «Уголовное преследование осуществляется следователем от имени государства на основе всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела». См.: Шейфер С. А., Тарасов А. А. Смешанный или состязательный: каким законодатель хочет видеть российский уголовный процесс // Государство и право: вопросы методологии, теории и практики функционирования. Вып. 2. Самара, 2006. С. 417.

МАСЛЕННИКОВА Лариса Николаевна,
профессор кафедры уголовно-процессуального права
Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина,
адвокат Московской областной коллегии адвокатов,
доктор юридических наук, профессор

ФАКТОРЫ, ОПРЕДЕЛЯЮЩИЕ РАЗВИТИЕ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В РОССИИ

Возможно построение различных моделей уголовного судопроизводства в зависимости от критерия лучшей модели. В последнее десятилетие XX века мы наблюдали своеобразный конкурс моделей уголовного судопроизводства, в которых так или иначе, но весьма неодинаково предлагалось построить уголовное судопроизводство. Ни одна из этих либо других моделей уголовного судопроизводства не нашла в России своего полного законодательного воплощения, а тем более практической реализации.

Модель уголовного судопроизводства, построенная на законодательном уровне на основе УПК РФ 2001 г., не нашла в полной мере применения в практической сфере современного уголовного судопроизводства. Одна причина в том, что последующие законодательные изменения и дополнения, внесенные в УПК РФ (не менее 57 федеральных законов), дополнили, изменили процессуальные институты, содержание статусов, соотношение между государственными органами, затронули в том числе и концептуальные основы уголовного судопроизводства. Другая причина в том, что установленные УПК РФ 2001 г. процессуальные институты, процедуры и порядки лицами, ответственными за производство по уголовному делу, не применяются в полной мере в практической деятельности в соответствии с законом, а порой подменяются технологиями, на законе не основанными.

Необходимо рассматривать уголовный процесс как некоторую целостность, систему, обладающую сложной структурой, каждый элемент которой имеет определенное назначение и выполняет специфические функции /цели/, направленные на удовлетворение соответствующих потребностей системы и ее экспектаций (ожиданий). Безусловно, что уголовный процесс должен являться целостным, сложно организованным механизмом, находящимся в непрерывном взаимодействии с окружающей средой через вход (возбуждение уголовного дела) и выход (итоговое решение по делу) системы. Следует отметить, что сегодня как никогда потерпевшим сложно добиться возбуждения уголовного дела, несмотря на явные признаки преступлений. В то же время государственная власть позволяет возбуждать уголовные дела без достаточных к тому оснований, если они затрагивают какие-либо узковедомственные интересы. Итоговые решения по делу как результат разрешения уголовно-правового конфликта скорее не удовлетворяют членов общества, чем удовлетворяют. Свидетельство этому обращения практически по каждому делу в высшие судебные инстанции, в значительном количестве в Европейский суд по правам человека.

Кроме того, анализ обращений в Конституционный Суд Российской Федерации, позволяет утверждать, что причина недовольства населения деятельностью уголовной юстиции связана не столько с качеством уголовно-процессуальных норм и их несоответствием Конституции Российской Федерации, сколько с правоприменительной практикой.

Проблема современного уголовного судопроизводства в том, что установленные УПК РФ процедуры, «позволяющие отделить виновного от невиновного», на практике не применяются в полной мере, а подменяются технологиями, не основанными на законе. Зачастую в основе приговора не результаты судебного следствия, а обвинительное заключение, которое переносится с электронных носителей практически слово в слово со всеми, даже грамматическими, ошибками. «За правильностью процедур» в соответствии с УПК РФ «должны следить» институты судебного контроля за досудебным и судебным производством. Однако они практически не действуют (рассмотрение жалоб судьей в досудебном производстве, кассация, надзор), а существуют формально. Соответственно процессуальные ошибки не исключаются ни в период досудебного производства, ни по результатам судебного производства. Таким образом, самым важным в развитии уголовного судопроизводства является обеспечение производства по уголовному делу в строгом соответствии с установленными процедурами и построение эффективного контроля, позволяющего реально устранять процессуальные ошибки, а не имитировать эту деятельность.

Интерес — главная пружина, приводящая в действие механизм функционирования уголовного судопроизводства. Именно поэтому уголовное судопроизводство как объект познания и построения наиболее оптимального варианта представляет собой деятельность субъектов с множеством внутренних и внешних взаимосвязей, обладающих признаками как публичной (публичное начало), так и частной природы (диспозитивное начало).

Внутренняя упорядоченность системы уголовного судопроизводства может быть достигнута главным образом за счет функциональной целесообразности действий участников уголовного процесса, направленных на защиту законных интересов, т. е. тех интересов, которые представляют социальную ценность. Прежде чем принимать какие-либо федеральные законы, которыми вносятся изменения и дополнения в УПК РФ, следует ответить на вопрос, а в чьих интересах эти изменения, какова их социальная и правовая ценность? Принимая те или иные изменения и дополнения к УПК РФ, следует исходить из главного процессуального интереса, выражающего назначение уголовного судопроизводства (ст. 6 УПК РФ). Следует исключить изменения и дополнения в УПК РФ, основанные на узковедомственных интересах и не направленных на достижение назначения уголовного судопроизводства.

Процесс прогнозирования развития уголовного судопроизводства как социального института состоит в варьировании значений внешних переменных (внешних факторов) в момент построения прогноза в рамках заданной модели уголовного судопроизводства с расчетом соответствующих значений внутренних переменных (внутренних факторов).

Переменные (как внешние, так и внутренние факторы), определяющие перспективы развития уголовного судопроизводства, составляют бесконечную совокупность.

Постоянными величинами, определяющими сущность публичного и диспозитивного начал, т. е. сущность уголовного судопроизводства, являются интересы и их носители (лич-

ность, коллектив, государство, общество). Переменными величинами, определяющими содержание и соотношение публичного и диспозитивного начал уголовного судопроизводства, являются содержание, характер интересов (общественный или частный) и средства их защиты. Изменчивый характер интересов, их содержания и средств защиты определяют внешние (внесистемные факторы) и определяемые ими внутренние (внутрисистемные) факторы.

Публичный характер интересов, защита которых обеспечивается в уголовном судопроизводстве, объективно обусловлен публичным характером преступления и наказания. Публичное начало в целом как основа уголовного судопроизводства включает публичное начало в широком смысле и в узком смысле (диспозитивное начало). Изменение содержания публичного интереса меняет содержание публичного начала в широком смысле и оказывает определенное влияние на соотношение публичного и диспозитивного начал в уголовном судопроизводстве.

Перспективы развития публичного начала обусловлены развитием содержания публичного интереса, возложением обязанностей и предоставлением прав по его защите различным субъектам уголовного судопроизводства, развитием средств его защиты и основой для их применения.

Перспективы развития диспозитивного начала обусловлены развитием индивидуальных интересов, предоставлением прав по их защите, определением средств их защиты.

Перспективы развития содержания публичного начала в широком смысле и в узком смысле (диспозитивного начала), соотношения между публичным началом и диспозитивным началом в уголовном процессе обусловлены перспективами развития соотношения публичного и частного в обществе, перспективами развития закономерностей взаимоотношений государственной власти и личности в обществе, осознанием в полной мере уголовно-процессуального права как регулятора отношений в обществе и осознанием социального назначения уголовного судопроизводства.

Перспективы развития публичного и диспозитивного начал в уголовном судопроизводстве (т. е. обеспечение защиты различных интересов различных субъектов) обусловлены: сущностью публичного и диспозитивного начал в уголовном судопроизводстве; внутренними (внутрисистемными) факторами, определяющими содержание и соотношение публичного и диспозитивного начал в уголовном судопроизводстве; внешними (внесистемными) факторами, обуславливающими содержание внутренних факторов.

Сущность публичного и диспозитивного начал уголовного судопроизводства выражается через интересы, охраняемые и защищаемые в сфере уголовного судопроизводства. Сущностное свойство преступления — общественная его опасность — выражает сущность публичного начала уголовного судопроизводства в целом, т. е. составляет его основу и охватывает всю сферу уголовного судопроизводства. Сущность публичного начала в целом предопределена главным уголовно-процессуальным интересом, обусловленным главным уголовным интересом, и выражена через назначение уголовного судопроизводства (ст. 6 УПК РФ).

Любая система, созданная человеком, неидеальна и изначально содержит деформирующие случайности. Человек в системе уголовного судопроизводства не случайность, это —

элемент системы уголовного судопроизводства. Но именно человек деформирует систему уголовного судопроизводства, создавая препятствия в достижении назначения уголовного судопроизводства. Безусловно, большое значение имеет уголовно-процессуальное законодательство, определяющее цель уголовного судопроизводства, его принципиальную основу, наполняющую содержанием статусы, процедуры, порядки и т.д. Правоприменение в конечном итоге определяет, будет ли защищен потерпевший от преступления путем справедливого разрешения уголовно-правового конфликта и привлечения к ответственности лица, совершившего преступление. Условием справедливого разрешения уголовно-правового конфликта выступает защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод.

Внутренними (внутрисистемными) факторами, обуславливающими перспективу развития уголовного судопроизводства через развитие публичного и диспозитивного начал уголовного судопроизводства, выступают: определение и выражение через цель уголовного процесса социального назначения уголовного судопроизводства на основе согласования интересов личности, коллектива, государства, общества; определение и выражение через задачи основных интересов различных участников в сфере уголовного судопроизводства; определение через функции уголовного судопроизводства направления участия должностных и частных лиц в уголовно-процессуальной деятельности; определение через предоставление прав и возложение обязанностей правовых средств защиты интересов различных участников уголовного судопроизводства; установление более четких границ вмешательства государства в частную жизнь граждан путем установления (уточнения) правовых оснований применения мер государственного принуждения к частным лицам в сфере уголовного судопроизводства; усиление контроля за применением мер государственного принуждения в уголовном процессе; расширение границ свободы волеизъявления граждан в вопросе обращения за судебной защитой.

Следует признать, что отсутствие четкой постановки задач государственных органов и должностных лиц, исключение из УПК указаний на обязанности участников уголовного судопроизводства, прежде всего представителей государственной власти, оказало и оказывает негативное влияние на правоприменительную деятельность. В УПК РФ следует более четко указать задачи, обязанности и ответственность государственных органов и должностных лиц, ответственных за производство по уголовному делу и принятие процессуальных решений.

Внешними (внесистемными) факторами, обуславливающими перспективу развития уголовного судопроизводства (развития публичного и диспозитивного начал в уголовном судопроизводстве), выступает целый ряд обстоятельств. В конечном итоге развитие уголовного судопроизводства должно происходить на основе соответствия основных принципов построения уголовного судопроизводства как социального института основным элементам-признакам, определяющим сущность общества и соответствующим уровню развития общественных отношений на определенном этапе развития российского общества; соответствия основных закономерностей развития организации политической власти в России ее социальной роли; построения взаимоотношений государственной власти с частными лицами на основе духовности, солидарности, субсидиарности.

Перспективы развития уголовного судопроизводства обусловлены перспективами развития российского государства. Иначе говоря, построение уголовного судопроизводства как социального института обусловлено организацией политической власти.

Если Россия вновь пойдет по пути превращения государства в тоталитарную организацию политической власти, где принуждение явится основным средством управления обществом, то в уголовном судопроизводстве эта тенденция проявится в ярко выраженном государственном начале, в основе которого подавление воли участников уголовного судопроизводства путем лишения их субъективных прав как средств защиты и в искажении самого понятия публичности уголовного судопроизводства.

Если Россия пойдет по пути ограничения государства в своих действиях правом, защищающим свободу и другие права личности и подчиняющим власть воле суверенного народа, то в сфере уголовного судопроизводства эта тенденция найдет свое выражение в предложениях о расширении свободы частных лиц в защите индивидуальных интересов и об ограничении произвола государственной власти путем более детальной регламентации принуждения как правоотношения.

Если российское государство будет стремиться к обеспечению каждому гражданину достойных условий существования, социальной защищенности, соучастия в управлении производством, а в идеале примерно одинаковых жизненных шансов, возможностей для самореализации личности, если деятельность государства будет направлена на всеобщее благо, утверждение в обществе социальной справедливости, то в сфере уголовного судопроизводства эта тенденция проявится прежде всего в индивидуальной ответственности участников уголовного судопроизводства за выполнение возложенных на них публичных обязанностей (публичное начало) и активности участников уголовного судопроизводства в защите своих прав и законных интересов путем реализации субъективных прав (публичное начало). К сожалению, пока эта тенденция не проявляется ни в обществе, ни в государстве, ни, соответственно, в сфере уголовного судопроизводства.

Пассивность участников уголовного судопроизводства в защите своих прав и интересов, отказ от реализации субъективных прав, отказ от содействия государственной власти допустимы и выражают собой частное начало, в основе которого защита (охрана) частного интереса. Опасным явлением в настоящее время является недоверие людей государственной власти по защите их законных интересов, отказ обращаться к государственной власти и попытки к осуществлению мести за причиненный ущерб в результате преступления.

При внесении любых изменений и дополнений в УПК РФ следует учитывать, что публичное, диспозитивное, частное начала соотносятся между собой как общее, особенное, отдельное.

Целостность системы уголовного судопроизводства обусловлена взаимодействием общего, особенного (публичного и диспозитивного начал) и отдельного как единичного (частное начало). Целостности системы уголовного судопроизводства может угрожать преувеличение единичного, отдельного (частное начало). Диспозитивное начало не противоречит публичному началу, а является его частью и находится под его эгидой.

Вовлекая личность в сферу публичного уголовного судопроизводства, следует формировать условия для личной активности частных лиц в уголовном процессе, создавая на за-

конодательном уровне уголовно-процессуальные возможности для максимально полного участия частных лиц в сфере публичного уголовного судопроизводства. Кроме того, необходимо формировать мировоззренческое понимание социального назначения уголовного судопроизводства, понимание смысла участия частных лиц в уголовном судопроизводстве как основы проявления и развития человеческой сущности и приложения возможностей частных лиц в публичном уголовном процессе.

К сожалению, современная правоприменительная практика скорее подавляет активность частных лиц в сфере уголовного судопроизводства, чем предоставляет возможность для реализации предоставленных правовых возможностей. Данное обстоятельство самым негативным образом влияет на достижение назначения уголовного судопроизводства, а точнее, создает препятствия по его достижению и справедливому разрешению уголовно-правового конфликта.

Мировоззренческую основу развития уголовного судопроизводства как социального института должна составлять золотая середина между индивидуализмом либерализма и коллективизмом тоталитаризма. В своих взглядах на место личности в публичном уголовном судопроизводстве необходимо исходить из трех основополагающих принципов: уникальной ценности каждого человека вследствие его духовности, солидарности и субсидиарности.

Модернизация уголовного судопроизводства (в том числе и техническое оснащение) должна быть направлена на создание оптимальной национальной модели эффективного расследования и судебного разбирательства, эффективного процессуального контроля, позволяющего не допустить или исправить процессуальные ошибки, соответствующей современному уровню развития общества.

РАССМОТРЕНИЕ ДЕЛ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ В СЕГОДНЯШНЕЙ ФРАНЦИИ. НА ПУТИ К МЕТАМОРФОЗАМ?

Присяжные заседатели, в состав которых входят законопослушные граждане, впервые появились во французском праве в 1791 году. Законодатель заимствовал этот институт из английского права¹. Во Франции он существует и по сей день, однако претерпевает немало трудностей.

Во-первых, что мы должны знать о присяжных заседателях? Выделяют две категории присяжных. Согласно английской концепции, позаимствованной законодательством многих стран континентальной Европы, России, Испании, присяжные заседатели выносят решение о виновности подсудимого в совершенном им деянии. После вынесения ими положительного вердикта судья назначает наказание². К тому же присяжные могут давать рекомендацию. Указному дуалистическому подходу противопоставляется унитарная система, в которой присяжные заседатели и судьи представляют собой единый институт, вынося совместно решения о виновности, а затем уже и о мерах наказания за совершенное деяние. Во многих странах действует смешанная система. Например, в Бельгии при рассмотрении дела в первой инстанции присяжным предоставляется право вынести вердикт о виновности подсудимого, а во второй инстанции — о мере наказания. Это решение следует после совместного совещания с судом (в составе трех судей). Как бы то ни было, присяжные привлекаются к участию в судебных заседаниях в основном по делам об особо тяжких преступлениях.

Во-вторых, существует ли устойчивое мнение о присяжных заседателях? Среди авторов нет единой позиции на этот счет. Однако очень многие выступают за существование данного правового института. В науке по указанному вопросу сформировалось два подхода: либеральный и нелиберальный. Либеральное течение выступает в защиту института присяжных заседателей. По мнению их представителей, присяжные заседатели выступают связующим звеном между мнением и правосудием. В частности, в процессе судебного слушания устанавливается прочная связь присяжных с судьями. Порой присяжные заседатели влияют на принятие решения последних, тем самым вынуждая судей выносить громкие оправдательные приговоры. Либералы опираются на законодательные реформы, как то — коррекционализация (квалификация в качестве уголовного проступка деяния, содержащего признаки преступления) аборта, провозглашенная законом от 17 марта 1923 года; кроме того, присяжные заседатели превосходно выполняют поставленную перед ними задачу, а также являются проводниками для окружающего мира в понимании сложных ме-

ханизмов уголовного процесса; наконец, они обеспечивают судебную демократию. Так, В. Schnapper писал в одном юридическом документе: «...народ участвует в создании законов через депутатов и доверяет правосудие присяжным».

С другой стороны, следует учитывать, что присяжные призваны принимать решения по делам об особо тяжких преступлениях, не являясь при этом специалистами в области права и, возможно, не способные по достоинству оценить виновность³. Присяжные заседатели чаще поддаются под влияние красноречивых адвокатов, в значительно большей степени, чем профессиональные судьи. В свое время Ж. Тард написал: «...присяжные любезны и учтивы⁴». Эта тема вызывает немало разговоров. Необходимо добавить, что институт присяжных является дорогостоящим. Наконец, нельзя не отметить, что нередки случаи, когда граждане во время жеребьевки ищут способы избежать участия в судебном заседании.

В-третьих, институт жюри не перестает развиваться во Франции. Причины тому скрываются в спорах о принципе законности и неспособности прийти к окончательному решению. Необходимо добавить, что идеи развиваются с такой же скоростью, что и появление все новых форм преступности, как, например, незаконная торговля наркотиками или терроризм, тем самым проверяя на прочность институт присяжных и преподнося ему все новые испытания. Немалую роль в этом отношении играет Европейский суд по правам человека, чья судебная практика продолжает развиваться на основе, например, таких новых концептов, как справедливое и беспристрастное судебное разбирательство.

Таким образом, перед нами складываются два движения: одно выступает за уменьшение роли жюри, другое, как это не парадоксально звучит, за признание этого правового института. Агония и преобразование института присяжных — вот два основных направления его изучения.

I — Агония присяжных

Ранее, в УПК 1808 года, предпринимались попытки минимизировать роль присяжных в рассмотрении уголовных дел по существу. В течение нескольких лет эта идея успешно развивалась. Сегодня можно говорить, что институт присяжных и прямо, и косвенно подвергается бесконечным нападкам со всех сторон. Во многих отношениях он находится в состоянии агонии.

А — Прямое наступление. Главным инициатором наступления выступает законодатель, а также группа единомышленников, претворяющая в жизнь свои идеи и предложения.

1. Законодатель в недавних проектах предлагал создать суд присяжных без самих присяжных. Однако мы уже не можем представить существования суда присяжных без них. Это привело к выделению в законе двух концепций: концепция о суде присяжных и концепция о самих присяжных.

Сегодня военные преступления рассматриваются председательствующим и шестью ассессорами (членами суда присяжных) в первой инстанции и при участии восьми ассессоров в апелляционном суде (ст. 698-6 УПК)⁵. В таком же порядке рассматриваются дела о терроризме (ст. 698-6 et 706-25 УПК). Что же касается преступлений против здоровья на-

селения, в частности незаконной торговли наркотиками и психотропными веществами, то такие рассматриваются в суде присяжных (ст. 706-27 УПК), как и преступления против конституционного строя — измена, шпионаж, посягательство на безопасность вооруженных сил (ст. 707-2 УПК).

Чем обусловлена такая подсудность? По-видимому, законодатель пытался закрепить слаженную систему рассмотрения дел, в частности терроризма, где присутствует огромное количество участников⁶. Но истинная причина в другом: законодатель относится недоверчиво к присяжным, считая их уязвимыми и легко поддающимися под постороннее влияние. Бесспорно, можно было бы передать эти дела в другие суды, обладающие соответствующей подсудностью. Однако такая новизна была бы расценена как необдуманная мера, так как новые присяжные заседатели ничем не отличались бы от своих предшественников. Между тем общественности мало что известно о суде присяжных без участия самих присяжных.

2. Также необходимо принимать во внимание научные теории, в которых присяжным отдается незначительное поле действий. По данному вопросу можно выделить две основных позиции. Так, первое течение стремится уменьшить роль присяжных заседателей, а также их число в рассмотрении дел в апелляционном суде, по мере того как будут создаваться апелляционный суд и суд присяжных в одном органе. Так, в 1991 году Ж. Тубон, министр юстиции, предлагал создать подобный орган с присутствием присяжных заседателей только в апелляционном суде. Однако подобный проект не нашел поддержки общественности. Национальная ассамблея была готова рассмотреть этот проект, но он был отклонен главой государства.

Второе течение связывается с докладом Лежера, являющегося председателем и магистратом названной по его имени Комиссии о правосудии по уголовным делам, которая и передала доклад на рассмотрение главе государства в сентябре 2009 года. По правде говоря, этот доклад содержал огромное количество теорий и предложений, в особенности по делам о преступлениях небольшой тяжести. В случае признания подсудимым своей вины предлагалось судебное заседание проводить «в упрощенном порядке» для полного удостоверения в подлинности этого признания. После чего суд присяжных принимал бы решение о наказании. Такая процедура чем-то напоминает знаменитую явку в суд преступника с признанием своей виновности, которое, согласно закону от 9 марта 2004 года, расценивается как попытка к исправлению. Думается, данное предложение не имеет будущего и обречено на провал.

Добавим, что в Комиссии Лежера некоторые из ее членов предлагали рассматривать преступления против половой неприкосновенности в исправительном суде по просьбе самой жертвы. Суд мог бы назначить за изнасилование наказание не более 10 лет лишения свободы. Таким образом, преступление сохраняет все признаки криминального происхождения, что могло бы полностью удовлетворить жертв, однако эти преступления будут рассматриваться исправительными судами, т.е. без участия присяжных. И этот вариант не получил одобрение законодателя и был отклонен, так как в нем содержалась двойная ошибка: дело должно рассматриваться в исправительном суде, а выбор подсудности доверяют только жертве⁷.

Это очень важно, несмотря на все доводы. Но помимо прямого направления выделяют косвенное, которое выступает против существования присяжных заседателей.

В — Косвенное направление. Это направление существовало на протяжении многих лет, но достойное развитие получило в законе 2004 года.

1. В 1810 году законодателем невероятное количество деяний было признано преступными. Например, преступлением признавалось хищение в ночное время вещей, не представляющих особой ценности, путем проникновения в помещение через разбитое окно (ст. 382 УК 1810). Тем самым нагрузка на суд присяжных была значительно увеличена. Очень быстро прокуроры и следователи, желая избежать такой ситуации, предложили, не опираясь на законы, квалифицировать некоторые подобные деяния как преступления небольшой тяжести. Таким образом, применялся либо способ переквалификации дел, либо, не принимая в расчет отягчающие обстоятельства, преступление расценивалось как проступок. Примерно с начала 1840 года зародилась коррекционализация (квалификация в качестве уголовного проступка деяния, содержащего признаки преступления) и получила дальнейшее развитие⁸. Сегодня коррекционализация — частое явление, благодаря которому, по мнению правоприменителей, примерно в 70% дел, рассмотренных судом присяжных, постановляется оправдательный вердикт.

Однако данный способ имел нежелательные последствия, которые выражались, например, в том, что подсудимые в исправительном суде утверждали о совершении ими неумышленного убийства, хотя из их слов действовали умышленно, разместив взрывчатые устройства в общественных местах, и настойчиво указывали на то, что их дело должно рассматриваться в суде присяжных, где они надеялись на оправдательный приговор⁹.

2. Именно поэтому закон от 9 марта 2004 года закрепил судебную коррекционализацию, сведя к минимуму возможность сторон поднимать вопрос в судебном заседании о ее незаконности. Более точно это вопрос раскрывается в двух статьях, появившихся в 2004 году. Статья 186-3 УПК разрешает сторонам подавать апелляцию на постановление следственного судьи о направлении дела в исправительный суд, если они оценивают проступки как преступления. Согласно же ст. 469 УПК, если исправительный суд принял дело к производству по решению следователя или по просьбе сторон, он не может ссылаться на некомпетентность в их рассмотрении, утверждая, что эти деяния имеют все признаки преступления.

Отныне сторонам предоставляется единственный способ не согласиться с коррекционализацией деяния — обжаловать соответствующее процессуальное решение следователя до передачи дела в суд¹⁰.

3. С появлением коррекционализации снизилась загруженность суда присяжных делами, уменьшилась пропасть между законом и коллективным сознанием, наконец, свое развитие получила индивидуализация наказания¹¹. В действительности исправительные суды по делам, прошедшим коррекционализацию, постановляя приговоры, назначают наказания, аналогичные тем, что назначаются осужденным в суде присяжных. Так зачем же прибегать к суду присяжных, где процедура значительно сложнее?

Кажется, судебный процесс с участием присяжных изжил себя. Но, с другой стороны, еще не поставлена точка в этом деле. Суд присяжных существует и преображается.

II — Преобразование присяжных

Сегодня события развиваются неумолимо быстро. Несмотря на пренебрежительное отношение к этому правовому институту, суд присяжных развивается в новом русле.

А — Сегодня спрос на присяжных растет.

1. Начнем с закона. Традиционно присяжные заседают в суде, в котором дела рассматриваются в первой и второй инстанциях. Речь идет об апелляции. В поддержку этого правила высказывают три аргумента: сложный судебный процесс; расследование ведется в два этапа (сначала следователем, затем обвинительной палатой, входящей в состав апелляционного суда и состоящей из трех судей), так что незачем усложнять и без того сложный процесс, создавая единый присяжный и апелляционный суд; наконец, народ не ошибается, и нет необходимости и оснований для пересмотра вынесенных присяжными вердиктов.

Однако существовавшая на протяжении десятилетий классическая догма об отлучении апелляции изжила себя по нескольким причинам. Так, по закону от 15 июня 2000 года прекращает свою работу обвинительная палата, поскольку отныне следователь передает дело напрямую в апелляционный суд¹². К тому же очевидно, что присяжные не застрахованы от ошибок, так же как и судьи. Наконец, закон от 31 декабря 1985 разрешил ратифицировать Франции Протокол № 7 Европейской конвенции по правам человека, закрепляющей право всех подсудимых на обращение в апелляционный суд.

Именно поэтому Ж. Тубон предложил в 1996 году законопроект о создании единого Апелляционного суда присяжных. С развитием судебного законодательства эта идея получила реализацию. С последующими поправками законом от 15 июня 2000 года была создана уголовная апелляция (ст. 380-1 УПК). В действительности такой судебный орган как апелляционный суд присяжных не был создан, поскольку дело для апелляционного производства передавалось в другой суд присяжных, что давало основания вести речь о так называемой круговой апелляции.

2. Следует обратить внимание на недавнее предложение Б. Хортефо, министра внутренних дел, которой предлагает, чтобы присяжные заседатели так же выносили решения об условно-досрочном освобождении, равно как они выносят решения о виновности лица в совершенном деянии. Он допускает эту возможность¹³.

В — Завтра – новая роль присяжных?

Сегодня решения присяжных заседателей не носят мотивированного характера, как это характерно для английской традиции: присяжные ограничиваются простыми ответами «да» или «нет» на поставленные перед ними вопросы, тогда как все суды, стоящие из профессиональных судей, выносят мотивированные решения¹⁴.

Эта система не так уж хороша. Парадокс: лицо, совершившее незначительное преступление, имеет право на получение мотивированного решения, тогда как убийца, приговоренный к пожизненному заключению, этого права лишен. Это было показано в решении Страсбургского суда по делу против Бельгии¹⁵. Постановление суда интересно и тем, что бельгийская процессуальная система схожа с французской. И немотивированный характер вердиктов присяжных заседателей является одним из главных принципов данного института в обеих странах.

Несомненно, палата по уголовным делам поддерживает судебную практику, отклоняя все кассационные жалобы, направленные против немотивированного решения присяжных заседателей¹⁶. Наилучший способ принятия решений в суде присяжных — коллегиальный: председатель мотивирует решение и предает его на голосование членам суда присяжных. В сущности, механизм суда присяжных был бы схож с механизмом судебной деятельности иных судов, присяжные заседатели стали бы более похожи на обычных судей; изменения были бы значительны.

* * *

Что же думать о суде присяжных сегодня? Надо действительно признать, что он все менее и менее приспособлен к реалиям современного мира. Присяжные заседатели даже более подвержены давлению, чем в недавнем прошлом. Многие граждане не желают выполнять функции присяжных заседателей из-за нехватки времени, поскольку судебное разбирательство может длиться несколько недель.

Следует подчеркнуть, что суд присяжных не является во Франции требованием Конституции или Европейского соглашения¹⁷, согласно которым процесс прежде всего должен быть справедливым. Однако по поводу законности суда присяжных обсуждение остается открытым.

Сноски:

- 1 Перевод с фр. И. Г. Смирновой, канд. юрид. наук, доцента Байкальского государственного университета экономики и права (г. Иркутск).
- 2 Франция даже полностью приняла английскую систему, вместе с присяжными обвинителями (23 гражданина) и присяжными, участвующие в разрешении конкретного дела (12 граждан). Но в УПК от 1808 года говорится только о последних. См.: Эсмен А. История уголовного процесса во Франции. 1882.
- 3 В действительности Франция полностью следовала за Англией, и лишь в 1941 года она перешла на единую систему (Прадель В. Ж. Уголовный процесс, 15-е изд. // Кюжас, 2010. № 55). В этой системе уделяется большая роль эшвенам, а не присяжным. Однако в УПК 1959 года говорится о присяжных.
- 4 На протяжении нескольких лет во Франции председатель Суда присяжных до начала слушаний принимал у себя присяжных заседателей, разъяснял им, какую роль они играют в праве. Иногда даже от них заставлял посещать тюрьмы.
- 5 Тард Ж. Сравнительная криминалистика. 1925. С. 106.
- 6 Но только в том случае «если есть угроза разглашения сведений о национальной обороне» (ст. 698-7 УПК).
- 7 Стивен К. Тейман в статье о присяжных заседателях в России принял во внимание это разъяснение (Корнельский институт, 1997).
- 8 Прадель Ж. Доклад Лежера об уголовном правосудии: великая иллюзия? RPDP, 2009. С. 531.
- 9 Лоран Ж.-К. Коррекционализация. JCP, 1950-I-852 и 877; Лапланш С. Судебная коррекционализация. Диссертация. Монпелье, 1993. Авторы отмечают, что существует законодательная коррекционализация — очень редкое явление сегодня, — которая, очевидно, направлена на сокращение применения института присяжных.
- 9 Заметки Ж. Праделя // Реймс. 1978. 9 ноября.
- 10 Дарсонвиль А. Легализация судебной коррекционализации // Уголовное право. 2007. № 3. С. 7; Детраз С. Законная судебная коррекционализация // Юридическая неделя. 2010. 5 июля (№ 27).

- 11 Напомним, что индивидуализация — главный принцип, признанный Конституционным Советом.
- 12 Действительно, обвиняемый может подать апелляцию в новую обвинительную палату о передаче дела в суд присяжных, чтобы они доказали, что он невиновен. Но обращение к верховному судье о принятии дела к производству отныне факультативно.
- 13 le Figaro magazine. 2010. 18 сентября. Госпожа Аллиот Мари, министр юстиции, приняла предложения спустя два дня // Le Monde. 2010. 21 сентября.
- 14 Прадель Ж. Уголовный процесс. 15-е изд. Кюжас, 2010.
- 15 CEDH, 13 января 2009, *Tahquet c./ Belgique*, Даллоз 2009, 1058, Ж.-Ф.Ренусси; RFDA, 2009, 677, Л. Бертьер и А.-Б. Кэр; RSC, 2009, 657, Ж.-П. Маржено; Процедуры, апрель 2009, n° 116, Н. Фрисеро, май 2009, n° 172, наблюдение Ж. Бюиссон.
- 16 Крим., 14 сентябрь 2009, D. 2009, 2778, прим. Ж. Прадель; Уголовное право. 2009, 2545, наблюдение К. Гаши.
- 17 Крим., 14 сентябрь 2009, D. 2009, 2778, прим. Ж. Прадель; Уголовное право. 2009, 2545, наблюдение К. Гаши.

РЕЗНИК Генри Маркович,

президент Адвокатской палаты г. Москвы, вице-президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, заведующий кафедрой адвокатуры Правового университета при Институте государства и права Академии наук Российской Федерации, кандидат юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации

СТАНДАРТЫ ДОКАЗАННОСТИ И МЕЖОТРАСЛЕВАЯ ПРЕЮДИЦИЯ

Преюдициальность в теории судебного права — вопрос перманентно дискуссионный. Проблемность преюдиции в том, что при ее применении могут вступать в коллизию два процессуальных принципа: общеобязательная сила судебных постановлений и внутреннее судебское убеждение при оценке доказательств.

В советском судопроизводстве межотраслевая преюдиция представляла собой «улицу с двухсторонним движением». Для уголовного суда, прокурора, следователя и лица, производящего дознание, вступившее в законную силу решение, определение или постановление суда по гражданскому делу было обязательно по вопросу, имело ли место событие или действие, но не в отношении виновности обвиняемого. Обязательность вступившего в законную силу приговора суда по уголовному делу для суда, рассматривающего дело о гражданско-правовых последствиях действий осужденного или оправданного, распространялась на вопросы, имели ли место эти действия и совершены ли они данным лицом.

Однако как поступать при коллизии между преюдициальными фактами и внутренним убеждением судей, оценивающих доказательства в конкретном уголовном деле, уголовно-процессуальное законодательство не указывало. Не выработали по данному вопросу единого мнения и высшие судебные инстанции. Верховный Суд СССР в одних указаниях подчеркивал необходимость точного соблюдения преюдициального начала¹, в других — ориентировал на ограничительное толкование соответствующих норм закона о преюдиции².

Такая неоднозначность отражала различия во взглядах на данную проблему среди теоретиков: одни процессуалисты полагали, что факты, установленные вступившими в законную силу приговором или решением суда, не входят в предмет доказывания при рассмотрении других дел и должны приниматься как уже истинные положения³; другие настаивали на том, что в формировании своих выводов суд не связан никакими ранее состоявшимися судебными актами⁴. Последняя точка зрения среди процессуалистов-криминалистов постепенно стала доминировать⁵.

В дискуссии не обсуждался и даже не ставился вопрос о различных стандартах доказанности — для уголовных и гражданских дел. Преодоление преюдиции при рассмотрении уголовного дела опиралось на принцип независимости суда, с чем, на наш взгляд, никак нельзя согласиться: из этого важнейшего, но в основном судоустройственного принципа не выводятся правила оценки доказательств. Рассмотрению вопроса о стандартах дока-

занности препятствовало другое. Чуть ли не главным завоеванием советской юридической науки до самого последнего времени считалось учение об объективной истине как цели, равно достигаемой и в уголовных, и в гражданских делах. Действовавшее тогда законодательство эту идею — ее и сейчас продолжает отстаивать немалое число ученых-процессуалистов — в значительной степени подкрепляло. Уголовный процесс носил выраженный неоинквизиционный (розыскной) характер, следственное начало доминировало над состязательностью сторон и в гражданском процессе: как УПК, так и ГПК адресовали суду требование осуществлять всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств дела. Но все же полностью сблизить процедуры доказывания в обоих видах судопроизводства не получалось. Стадия предварительного расследования уголовного дела, разные правила определения допустимости доказательств, правовые презумпции в гражданском процессе и презумпция невиновности в процессе уголовном — все эти процессуальные институты по мере постепенного освобождения права от идеологической обертки неизбежно приводили к осознанию различных возможностей для достоверного установления фактов по уголовным и гражданским делам.

Без сомнений, именно возврат к признанию отличия в стандартах доказанности, бесспорного для русских дореволюционных и зарубежных процессуалистов, обусловил исключение межотраслевой преюдиции из УПК РФ в первоначальной редакции — оставлена была только опровержимая внутриотраслевая — вступившего в законную силу приговора по другому уголовному делу.

На последующее изменение нормы о преюдиции в УПК повлияло направление, в котором стала развиваться наша следственная и судебная практика. Появление в стране частной собственности и предпринимательской деятельности породило сложнейшие экономические споры, разрешение которых требовало применения арбитражными судами норм корпоративного, финансового, банковского, налогового, таможенного права — причем не только отечественного, но и иностранного. В уголовном же судопроизводстве все более распространенный характер стали приобретать заведение в коррупционных целях уголовных дел на предпринимателей, их обвинение и последующее осуждение по статьям о мошенничестве, присвоении и легализации (отмывании) полученных преступным путем денежных средств или иного имущества. При этом органы следствия и суды абсолютно игнорировали вступившие в законную силу решения арбитражных судов, признававших во всех инстанциях сделки, вменяемые затем в качестве преступных, полностью законными.

На ропот, нараставший в бизнес-сообществе, и указания правоведов, что правомерные действия искусственно превращаются в преступные, законодатель отреагировал возвратом, по сути, к прежней, советского УПК, формуле межотраслевой преюдиции: решения гражданских и арбитражных судов вновь признаны обязательными для суда, прокурора, следователя и дознавателя, но не могут предрешать виновность.

Однако более значимое для разрешения проблемы преюдиции событие произошло несколько раньше: 15 января 2008 г. Конституционный Суд РФ вынес определение № 193-О-П по жалобе гражданина Суринова Т.Р. на нарушение его конституционных прав статьей 90 УПК РФ. Оно полностью сохраняет свою силу, ибо в нем выявлен конституционно-правовой смысл, в соответствии с которым и должна применяться норма о преюдиции вне зависимости от своей

редакции в Уголовно-процессуальном кодексе. Конституционный Суд разъяснил: «Как признание, так и отрицание преюдициального значения фактических обстоятельств, установленных окончательным судебным решением в этих видах судопроизводства (гражданском или арбитражном — Г.Р.), **не может основываться на статье 90 УПК Российской Федерации** и обусловливается взаимосвязанными положениями процессуального законодательства, регулирующие исполнение и пересмотр вступивших в законную силу судебных актов, **а также правовыми нормами более высокого уровня**, определяющими место и роль суда в правовой системе Российской Федерации, юридическую силу и значение его решений» (выделено мной — Г.Р.).

Хотя ст. 90 УПК РФ не устанавливала в редакции 2002 г. преюдициальной обязательности для уголовного суда решений, вынесенных неуголовным судом, Конституционный Суд определил, что она не предполагает возможность при разрешении уголовного дела не принимать во внимание обстоятельства, установленные неотмененными решениями арбитражного суда по гражданскому делу, которые вступили в законную силу.

Коллизию между окончательностью вступивших в законную силу судебных актов и внутренним убеждением судей, рассматривающих уголовное дело, по разъяснению Конституционного Суда, следует разрешать на основе конституционного принципа презумпции невиновности. Если решение неуголовного суда говорит в пользу обвиняемого, признает легальность его действий, то оно должно рассматриваться уголовным судом как неустрашимое сомнение в виновности. Если же неблагоприятное для обвиняемого решение неуголовного суда используется стороной обвинения как доказательство вины, то такое решение должно быть подвергнуто критической оценке в совокупности с другими доказательствами и может быть отвергнуто, поскольку механическое следование ему являлось бы попыткой опровержения презумпции невиновности ненадлежащим путем — вне установленной законом и единственно допустимой уголовно-процессуальной процедуры, гарантирующей защиту прав обвиняемого.

В данном определении Конституционный Суд затрагивает вопрос о стандартах доказанности, отмечая, что «Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации устанавливает более строгие требования именно к доказыванию виновности лица». С учетом разницы в стандартах доказанности следует задуматься о «встречном движении» — преюдициальном значении приговоров для разрешения гражданских дел.

Выводы приговора предreshают два вопроса: 1) имели место сами действия; 2) совершены ли они данным лицом. Оправдательный приговор за отсутствием события преступления или за непричастностью обвиняемого к его совершению устраняет для потерпевшего возможность предъявить впоследствии в порядке гражданского судопроизводства иск о возмещении вреда.

Но обоснована ли такая преюдиция? Несколько лет назад мы с удивлением узнали, что после оправдания судом присяжных бейсболиста и актера Д. Симпсона в двойном убийстве гражданский суд удовлетворил иск потерпевших (родственников убитых) к оправданному о возмещении вреда, нанесенного причинением смерти, взыскав с него несколько миллионов долларов. В США такое возможно, поскольку само законодательство закрепляет разные стандарты доказанности для уголовных и гражданских дел — соответственно, «практическая достоверность — вне разумных сомнений» и «конкуренция вероятностей —

по большинству 50% +1) доказательств», в науке и судебной практике даны многочисленные толкования этих правовых понятий⁶. Может быть, по примеру США следует отказаться от преюдициальной связи между оправдательным приговором и разрешением вопроса о возмещении вреда? Отвечая на этот вопрос положительно, Н.М. Кипнис справедливо указывает, что необходимость обращения к опыту США представляется оправданной еще и потому, что при рассмотрении уголовных дел с участием присяжных заседателей риск вынесения не обоснованного, но формально законного, а потому не подлежащего отмене приговора объективно возрастает⁷.

Принцип *res judicata* не должен превращаться в препятствие для справедливого разрешения судебных дел в соответствии с присущими им процедурами доказывания.

Сноски:

- 1 См.: Судебная практика Верховного Суда СССР. 1952. № 3. С. 44–45; № 11. С. 35.
- 2 См.: Сборник постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924–1973. С. 627.
- 3 Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств. М., 1964. С. 104.
- 4 Петрухин И.Л. Внутреннее убеждение суда и правовые презумпции // Советское государство и право. 1964. № 3. С. 65; Рахунов Р.Д. О юридических гарантиях независимости судей в советском уголовном процессе // Советское государство и право. 1968. № 4. С. 53.
- 5 См., например, один из наиболее авторитетных: Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Под ред. В.М. Лебедева, В.П. Божьева. М., 1995. С. 49.
- 6 Кипнис Н.М. Надзорное производство: «вещь в себе» или «вещь для нас» // Права человека. Практика Европейского суда по правам человека. 2007. № 3, С. 47.
- 7 Там же. С. 48.

СМИРНОВ Александр Витальевич,
советник Конституционного Суда Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Российской Федерации

2050 ГОД: ПОСТСОСТЯЗАТЕЛЬНЫЙ ПРОЦЕСС?

Каким будет судопроизводство через полвека (цифра, конечно, условна, и нас интересует вся вторая половина XXI столетия, а может и часть века XXII)? Мое положение в этом вопросе выгоднее, чем у всех остальных выступающих, ибо, увы, в силу естественных причин значительной части присутствующих не дано проверить, каким будет процесс через полвека. Поэтому докладчик может чувствовать себя достаточно свободно. Впрочем, у нас есть и преимущество перед теми в этом зале (а есть и такие!), кто увидит грядущее воочию, — ведь перед ними будет лишь одна сбывшаяся картина (причем вовсе не обязательно та, которую всем нам хотелось бы видеть), в то время как нам пока доступен для обозрения целый «Лувр»! Правда, все это лишь фантазии, но какой-то из них, вероятно, уже предначертано стать реальностью, ведь где еще может скрываться будущее, кроме как в прошлом и настоящем?

А настоящее таково: на звание вершины эволюции судопроизводства претендует состязательный тип уголовного процесса. Действительно, что может быть лучше полного равенства в споре, а также беспристрастного и объективного суда? Только здесь индивид может на равных противостоять государству-Левиафану. По сути, все основные международно-правовые акты о суде исходят именно из принципов состязательной процессуальной модели (Международный пакт о политических и гражданских правах, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод и др.). Все развернувшиеся в мире реформы уголовного судопроизводства (например, в таких странах, как Германия, Испания, Италия, Россия, Финляндия, Франция и др.), начиная с 60-х годов прошлого века, объективно были нацелены на состязательную доработку уголовного процесса, прежде всего его подготовительных стадий, где традиционно наиболее сильны были инквизиционные атавизмы. Причем процесс состязательного переустройства уголовного судопроизводства еще не завершен; по-видимому, он будет основным содержанием перемен в этой сфере на протяжении как минимум первой половины нынешнего, XXI века.

Но всегда ли процесс разрешения уголовно-правовых конфликтов будет носить именно такой характер? Иначе говоря, вечен ли состязательный процесс, или на смену ему придет другой, *постсостязательный* судебный порядок? Ведь если история и учит нас чему-то, то только тому, что в этом мире ничего неизменного нет.

Очевидно, что на данный момент состязательность как ничто иное отражает характер индустриальной цивилизации, предпринимательского общества и демократического государства, дух свободной конкуренции и противоборства, где каждому предоставлен шанс, в том числе и в судебной борьбе с самим государством.

Зададимся, однако, вопросом, почему стиль отношений личности и государства имеет в современном мире явно недоброжелательный и даже комбатантный характер? Почему между ними поощряется законом «маленькая война», в которой государство — «охотник», а обвиняемый — «дичь»? Как писал А. И. Герцен, имя которого носит этот университет, в таком процессе «прокурор, как ловкий тореадор, унижен и оскорблен, если травимый зверь уцелел». Но «если есть Бог, то откуда зло? Коль скоро государство находится в гармонии с обществом, то зачем же тогда вооружать против него гражданина целым арсеналом состязательных прав? Ответ может быть и таким — на самом деле гражданское общество все еще опасается государства, не доверяет ему до конца и потому рассматривает уголовный процесс как гарантию защиты своих прав против административного произвола».

— Нонсенс, — скажете вы мне. — Зачем же гражданам держать под подозрением собственное государство?

— Затем, — отвечу я, — что до сих пор любое, даже самое цивилизованное, государство, будучи формой решения общих дел, одновременно служит и точкой приложения некоего скрытого корпоративного интереса! Чей же групповой интерес оно попутно преследует? Если принять *элитистскую* парадигму (Л. Филд и Дж. Хигли), считающую выделение привилегированной социальной элиты в качестве субъекта социального управления законом общественного процесса, его нормативом, то упомянутый корпоративный интерес государства есть интерес такой элиты или политического класса.

— Ну и что? — спросят меня. — Что плохого в том, что нами правит элита? Не божжи ведь и не клошары. Элита — это лучшие люди, «соль соли земли»!

Однако беда в том, что фактически главный критерий отбора этих «лучших людей» во все времена и у всех народов был пока что — хотя и в различных пропорциях и формах — только один — «власть-собственность», а это вовсе не гарантия того, что «ум, честь и совесть» первенствуют в деятельности государства, которое тем не менее все равно необходимо. Интересно в этом отношении мнение известного французского философа Поля Рекёра: «Полагаясь на государство, я как бы заключаю пари. Смысл этого пари в том, что государство в целом — *несмотря на зловредность стоящих у власти индивидов* — служит делу добра»¹. Ощущая эту опасную двойственность, возникшее гражданское общество пытается по возможности оградить себя от этого необходимого «зла» — чиновничьей когорты — выборами, свободой прессы, а также состязательностью процесса и судом присяжных.

Но отмеченное политическое противоречие государства и гражданского общества не единственная объективная причина сохранения состязательности в судопроизводстве. Последняя питаема и чисто гносеологическими причинами: до тех пор пока масса преступлений совершается в условиях неочевидности, пока необходим сложный процесс доказывания виновности, будет существовать заpiresательство обвиняемых, а значит, и спор сторон. Чем не почва для состязательности процесса?

А если две названные причины — политическая и гносеологическая — отпадут, будет ли нужда в состязательном судопроизводстве? Известно, что многие социальные явления развиваются как бы по спирали, приходя в определенной точке к воспроизведению черт

низшей фазы, хотя и на качественно высшем уровне. Вспомним, что на самых ранних этапах своего существования уголовный процесс в раннеземледельческих обществах, непосредственно выраставших из родоплеменного строя, имел характер некоего *общинного дознания*. Судом здесь обычно являлось собрание всех членов общины либо особых представителей (народное собрание, коллегия старейшин, жрецов и т. д.). Уголовное преследование начиналось без какого-либо формального обвинения — поводом для него служило общественное мнение по поводу совершенного преступления. Обвинитель отсутствовал, ибо почти все преступления внутри небольшого замкнутого полиса быстро становились известны всем, т. е. были практически очевидны. По той же причине, как правило, не являлось нужды в доказательствах и доказывании вины, а судопроизводство сводилось главным образом к решению вопроса, какую меру воздействия следует применить, какое наказание назначить виновному. Подобный же способ решения конфликтов обычно стихийно возникает и там, где некая группа людей неожиданно оказывается в экстремальных условиях, будучи надолго изолирована от цивилизации (яркий пример подобной «робинзонады» дает известный телесериал «Потерянные»). Почему же возможен такой архаический процесс, начисто лишенный состязательного характера? Потому, что, во-первых, еще не сформировалось политическое противостояние между управляющими и управляемыми, а во-вторых, обстоятельства дела, как правило, являлись достаточно очевидными.

Сейчас много говорят, что в мире идет становление так называемой информационной, или постиндустриальной, цивилизации, основной отличительный признак которой состоит, по сути, в ином принципе формирования социальной элиты. Развитие, как предполагается, будет происходить здесь не за счет *перераспределения* элитой в свою пользу общественного продукта (интеллектуальная элита в этом более не нуждается, так как она-то и есть теперь непосредственный производитель основных общественных благ), а в результате тотального использования науки, знаний. Собственность приобретает интеллектуальную и инновационную природу — она создается в первую очередь силой интеллекта и от распределения среди многих индивидов не уменьшается, как раньше, а, напротив, растет и приумножается. В итоге социальные мембраны, обычно разделяющие элиту и демос, в информационном обществе не просто становятся проницаемыми — они просто снимаются, а общество становится открытым. Вместо социальных перегородок роль фактора, структурирующего социум, на новом витке развития вновь, как и в древние времена, начинают выполнять естественные, антропологические — природные, в первую очередь интеллектуальные, способности индивидов. То есть политическая власть становится *меритократией*, а элитарная парадигма политического развития, будучи в известном смысле вызовом демократии, замещается *эгалитарной*. Это дает нам одно очень важное следствие — в результате исчезают и предпосылки для противостояния государства и гражданского общества. Отличительной особенностью нового государственного порядка явится то, что интересы отдельных индивидов больше не будут приноситься в жертву публичным интересам социальной целостности, на поддержания которой будут брошены иные, в первую очередь интеллектуальные, ресурсы. Если согласиться с Полем Рикёром, что «государство есть противоречие рациональности и силы» и сочетает

в себе образ зверя — «принцип Иоанна Богослова» и образ права — «принцип апостола Павла»², то можно сказать, что будущее, несомненно, за Павлом, т. е. за рациональностью и правом. Открытое информационное общество, не имеющее необходимости содержать политэкономическую элиту, — это предел и вершина идеи государства. Хотя социальное администрирование останется и здесь, оно впервые приобретет черты буквально *правового государства*: общество, как в Книге судей, будет управляться в основном с помощью информационного ресурса — права, посредством законов и обслуживающей эти законы юстиции, которая при этом должна будет стать иной. Конечно, современный мир пока далеко не достиг еще нарисованного идеала, однако его предчувствие уже, что называется, «носится в воздухе» (можно вспомнить быстрое возникновение крупнейших финансовых состояний в сфере IT-технологий, развившийся после Второй мировой войны культ прав человека, невиданное ранее укрепление социальной и политической толерантности).

С другой стороны, нельзя не заметить, как в геометрической прогрессии идет развитии информационных технологий, и можно предположить, что через полвека в распоряжении криминалистов появятся такие возможности профилактики и расследования правонарушений, которые сделают «явным в свете все, что сказано во тьме», т. е. большая часть преступлений может перейти в разряд очевидных. Так, например, не исключено, что появится такая отрасль знаний, как *криминалистическая телеметрия*, основанная на дистанционных исследованиях биологических процессов и измерениях биологических показателей человека, а также измерениях и передаче данных о передвижениях конкретных людей и других объектов с космических спутников (характерный пример — известное дело О. Джей Симпсона, знаменитого американского футболиста и актера, обвиненного в убийстве своей бывшей жены Николь Браун Симпсон, по которому Россия готова была передать американской стороне спутниковые фотографии, где отчетливо были запечатлены передвижения белоснежного «Форда-Бронко», на котором обвиняемый ездил в ту роковую ночь. К сожалению, американский суд отказался их принять, хотя, говорят, что эти снимки могли стать едва ли не главной уликой по делу).

Если все это действительно станет реальностью, нужна ли нам будет «судебная война»? Рискну предположить, что нет. Вместо комбатантного состязания в суды придет дискурс, т. е. выработка решений в результате взаимного сканирования и учета мнений. Задача публичного обвинителя при дискурсивном подходе будет состоять не в стигматизации правонарушителя, не в том, чтобы добиться его осуждения, «хотя бы рухнул мир». Обвинителя в первую очередь должны будут беспокоить справедливость, установление истины, соблюдение прав личности и ресоциализация виновного. Непривлечение к уголовной ответственности того, кто невиновен, кто способен иначе загладить свою вину, примирение и прощение сторонами друг друга — столь же ценный и желанный для публичного обвинителя результат, как и осуждение действительно заслуживающего наказания. Обвинитель не перестанет быть обвинителем, но само обвинение из преследования обвиняемого станет формой общественной озабоченности, «радения о вине». Другими словами, в новом процессе обвинение перестанет быть уголовным преследованием.

Свидетельством изменения роли судопроизводства уже сейчас является переход при возбуждении уголовного преследования от принципа официальности (обязательности публичного преследования в каждом случае совершения уголовно наказуемого деяния) к принципу общественной целесообразности. Публичный орган не обязан возбуждать преследование правонарушителя, если считает, что это нерационально, противоречит общественным интересам и не способствует ресоциализации правонарушителя.

Все более популярной становится также идея деформализации предварительного расследования, когда оно целиком ведется не официальным, а официозным образом (иногда это называют также термином «полицейское расследование» либо «полицейское или прокурорское дознание»), т. е. без применения каких-либо принудительных мер и соответственно без формирования в ходе его судебных доказательств, но зато с минимальными формальностями. Заканчивается такое расследование задержанием подозреваемого, если необходимо, и возбуждением публичного обвинения, после чего только возможно собственно судопроизводство — судебные процедуры подготовительного характера (легализация доказательств в качестве судебных, предъявление обвинения, применение мер пресечения), а затем и рассмотрение дела судом по существу. Современное предварительное расследование, или следствие, на континенте — под влиянием французского юридического гения, — если не ошибаюсь, со времен ордонанса 1539 г. Франциска I и Большого уголовного ордонанса Людовика XIV 1670 года традиционно считается частью судопроизводства, что оправдывает длительные сроки ареста и отягощает процесс бумажной волокитой. Смысл превращения расследования в официозное дознание состоит в минимизации ограничений неотъемлемых прав личности на свободу, неприкосновенность жилища, частной жизни, с одной стороны, и повышении гибкости и оперативности действий в порядке расследования — с другой. Одним из результатов подобного преобразования, по-видимому, явится возможность для более строгого соблюдения принципа срочности судебной защиты, например путем повсеместного перехода к уже известному в ряде государств правилу, которое условно можно назвать «принципом ста дней», когда рассмотрение дела по существу должно начаться не позднее определенного законом приемлемого срока, исчисляемого с момента задержания подозреваемого. Другим результатом можно считать перспективу развития так называемого параллельного или адвокатского расследования. Идеи такого преобразования расследования, впрочем, как и целесообразности при возбуждении уголовного преследования, одинаково легко укладываются в парадигму как состязательного, так и постсостязательного процесса, ибо максимально обеспечивает личную свободу и рациональность производства.

Наконец, нельзя пройти мимо весьма популярных уже теперь идей восстановительного правосудия. Надо признать, что, ставя во главе угла ресоциализацию правонарушителя и восстановление общественного «мира», они плохо согласуются с классическим принципом состязательности процесса. Вместе с тем их никак нельзя назвать и возвратом к инквизиционной модели. На мой взгляд, это первый действительный росток нового, дискурсивного постсостязательного порядка разрешения дел, так сказать, в его «чистой» форме. Однако в то же время следует предостеречь сторонников восстановительного правосудия против слишком быстрого его внедрения на практике, без учета

конкретной реальности, тех социальных и политических условий для перехода к постсостязательности, о которых говорилось выше. Иначе на деле при отходе от состязательной парадигмы может возникнуть опасность преждевременного разоружения обвиняемого лица в его борьбе с фактически недружественными ему силами, лишение его необходимых процессуальных средств для защиты своих прав под предлогом деформализации процесса (на мой взгляд, это уже сейчас происходит в России при попытках безоглядного внедрения ювенальной юстиции).

Тем не менее будущее, без сомнения, за восстановительным правосудием. Можно предположить, что под влиянием его идей судебное разбирательство уголовных дел из процедуры, которая, по существу, является отражением ветхозаветного принципа талиона — возмездия, равного по силе преступлению, со временем преобразится в дискурсивный процесс выработки взаимоприемлемого для всех способа дальнейших, иногда долговременных действий, своего рода «дорожной карты» обращения с правонарушителем и потерпевшим, а также их взаимодействия, которая с наименьшими потерями ведет к восстановлению общественного мира и предупреждению преступлений. Возможно, это будет процесс выработки приговора как некоего всестороннего договора с участием государства, правонарушителя, потерпевшего и общества.

Думаю, что новую жизнь может обрести в будущем и суд присяжных. Традиционно ему делается упрек в некомпетентности членов жюри. Однако, позволив себе некоторую фантазию, можно вообразить в будущем некую *сетевую* версию суда присяжных, когда благодаря всеобщим компьютерным сетям можно будет расширить количественный и качественный состав жюри присяжных практически до любых пределов, приближая вердикт такой «электронной гелизы» (по аналогии с гелизой афинской) по убедительности к референдуму, а по статистической обоснованности — к научному исследованию. Конечно, это мыслимо лишь при условии применения ряда контрольных процедур, технически вполне возможных уже сегодня: предоставления гражданам доступа в соответствующую компьютерную сеть, проверки подлинности волеизъявления с помощью электронных систем распознавания личности и т. п. Не секрет, что идея всеобщего электронного волеизъявления считается уместной в отношении голосования в будущих политических выборах глав правительств, президентов, депутатов парламентов, которые затрагивают интересы целых народов³. Почему бы не использовать тогда «электронную гелизу» при разрешении дел *отдельных* индивидов, чьи судьбы достойны того, чтобы решать их не только ограниченным кругом случайно подобранных людей, а на основе всеобщего дискурса на рационально-демократических началах. Первые прообразы будущих дискурсивных процедур уже появились — различного рода «электронные ратуши», «телевизионные суды присяжных», работающие в режиме прямого диалога с телеаудиторией и т. п.

Может быть, скептик назовет это утопией! Но давайте прислушаемся к тому, что пишет один из самых признанных в мире экспертов по будущему Э. Тоффлер: «Периодически, когда общество совершало прыжок на новый уровень сложности и груз решений разбухал, исключенные группы, чувствуя новые возможности, усиливали свои требования равных прав, элиты открывали двери немного шире и общество переживало то, что

представляется похожим на волну дальнейшей демократизации⁴. То же самое происходит и с уголовным процессом. Ведь он — последняя «Бастилия», падение которой происходит прямо на наших глазах.

Сноски:.....

- 1 Рикёр П. История и истина. СПб.: Алетейя, 2002. С. 142.
- 2 См.: Ricoeur P. Political and Social Essays. Athena, 1974. P. 201, 208.
- 3 См.: Тоффлер Э. Третья волна. М., 1999. С. 676–677.
- 4 Там же. С. 685.

ЧЕТИН Андрей Евгеньевич,

заместитель начальника Управления уголовной юстиции

Секретариата Конституционного Суда Российской Федерации,

доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации

ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ МЕРОПРИЯТИЯ И ПРАВА ЛИЧНОСТИ

В современном уголовном судопроизводстве все шире используются в доказывании результаты оперативно-розыскной деятельности (ОРД), которые вполне естественно становятся предметом тщательного исследования со стороны защиты и суда. Это обстоятельство обуславливает повышенные требования к законности и обоснованности проводимых оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ), а также соблюдению при этом прав личности.

В то же время увеличивающийся поток жалоб в Конституционный Суд РФ на нормы Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (Закона об ОРД), показывает, что в практике ОРД существует много проблем, связанных с реализацией конституционного принципа обеспечения прав и свобод личности. Если за три предыдущих года Конституционным Судом принималось в среднем до десяти определений по жалобам на нормы Закона об ОРД, то за 9 месяцев 2010 года — уже более 20. Всего же по жалобам на нормы оперативно-розыскного законодательства принято более семи десятков решений.

Наш анализ показывает, что наиболее критикуемыми становятся законодательные положения, допускающие возможность прослушивания телефонных переговоров, электронного наблюдения, оперативного эксперимента и проверочной закупки наркотиков.

1. Немало проблем возникает при использовании в процессе доказывания результатов прослушивания телефонных переговоров, в частности записи таких переговоров, производимой без судебного решения с согласия одной из сторон. Такой прием законодателем допускается ч. 6 ст. 8 Закона об ОРД, которая разрешает запись телефонных переговоров без судебного решения по заявлению лица, в случае возникновения угрозы его жизни, здоровью или собственности. Схожая норма содержится и в ч. 2 ст. 186 УПК РФ. Данные нормы могут применяться, в частности, для документирования вымогательства взятки.

В то же время при отсутствии угрозы жизни, здоровью или собственности гражданина, закон не предусматривает возможность записи телефонных переговоров с согласия одной из сторон без судебного решения. Однако практика использует внесудебный порядок записи таких переговоров и случаях, например, получения согласия на это посредника в передаче взятки либо участника проверочной закупки наркотиков. Такого рода действия обычно оформляются как негласное наблюдение с использованием средств аудиозаписи. В данном случае чаще всего имеет место подмена понятий, что вызывает много вопросов о своей допустимости и порождает жалобы на нарушение права на тайну телефонных переговоров. При рассмотрении такого рода жалоб судам общей юрисдикции следует оце-

нивать правильность применения тех или иных норм Закона об ОРД с учетом конкретных обстоятельств дела.

Поводом для обращения с жалобами в Конституционный Суд РФ иногда становится использование в доказывании результатов прослушивания переговоров по телефону, номер которого не указан в постановлении судьи. Этот вопрос, к сожалению, оказался неурегулированным в законе, а правонарушители, как известно, с целью маскировки своей противоправной деятельности часто меняют SIM-карты, пользуются чужими телефонами, в том числе крадеными, номера которых могут быть неизвестны на момент вынесения судебного решения.

По этому поводу Конституционный Суд установил, что судебное разрешение на ограничение права лица на тайну телефонных переговоров не зависит от того, по какому телефону ведутся переговоры лица, в отношении которого осуществляется данное ОРМ (определение от 17 июня 2010 г. № 844-О-О), а потому оно может распространяться на все используемые им средства связи.

В то же время вызывает сомнение допустимость вынесения одного судебного разрешения на прослушивание телефонных переговоров сразу нескольких лиц. При таком подходе затрудняется эффективный судебный контроль за законностью и обоснованностью ограничения права на тайну телефонных переговоров конкретно каждого лица, указанного в постановлении судьи.

Перечисленные вопросы требуют теоретического обоснования допустимых пределов и границ ограничения конституционного права на тайну телефонных переговоров в ОРД и уголовном судопроизводстве.

2. Немалое количество жалоб в Конституционный Суд касаются нарушения права на неприкосновенность частной жизни при проведении негласной аудио- и видеозаписи, и прежде всего в служебных помещениях. По мнению заявителей, аудио- и видеозапись в служебном кабинете ограничивает их право на неприкосновенность частной жизни, поскольку позволяет фиксировать при этом их частные телефонные переговоры по своему мобильному аппарату, разговоры с коллегами на личные темы, которые они могут осуществлять, находясь в своем служебном кабинете.

В решениях Конституционного Суда по этому вопросу презюмируется, что проведение наблюдения с использованием средств аудио- и видеозаписи в служебных помещениях не может рассматриваться как ограничивающее конституционные права граждан мероприятие, если оно осуществляется при наличии достаточных оснований и с соблюдением установленных законом условий (определения от 21 октября 2008 года № 862-О-О, от 26 января 2010 года № 158-О-О).

Отдельного внимания заслуживает проблема проведения негласной аудио- и видеозаписи с согласия одной из сторон, когда записывающая аппаратура размещается в одежде участника ОРМ, занимаемой им квартире, служебном помещении, автомобиле и т. д.

В целом ряде своих решений по жалобам на такого рода действия Конституционный Суд приходил к выводу об отсутствии нарушения конституционных прав заявителей в ситуациях, когда негласная запись осуществлялась по воле одного из собеседников. При этом, как правило, отмечалось, что сделанный вывод не может расце-

ниваться как признание законности произведенных правоприменителями действий и как подтверждение допустимости использования полученных в результате записи разговора материалов в качестве доказательств по уголовному делу, поскольку оценка фактических обстоятельств относится к компетенции судов общей юрисдикции (определения от 5 июня 1997 года № 72-О, от 16 ноября 2006 года № 454-О, от 17 июля 2007 года № 597-О-О, от 13 октября 2009 года № 1148-О-О и др.).

В то же время такие приемы получения доказательственной информации получили негативную оценку Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), в частности в деле «Быков против России», который в своем решении заключил, что в российском праве не существует правовой базы, регулирующей запись частных разговоров посредством радиопередающего устройства. По мнению Суда, решение властей о перехвате разговора не ограничивалось никакими условиями и использование данной технологии в качестве части оперативного эксперимента не сопровождалось соответствующими гарантиями против возможных злоупотреблений. В итоге был сделан вывод о нарушении прав заявителя. Данное решение, учитывая прецедентный характер постановлений ЕСПЧ, на наш взгляд, должно побудить законодателя к новым инициативам по совершенствованию Закона об ОРД, чтобы не провоцировать новые жалобы российских граждан в ЕСПЧ с заранее предсказуемым результатом.

3. Много жалоб поступает на нормы Закона об ОРД, предусматривающие проведение проверочных закупок наркотиков, которые, по мнению заявителей, допускают провокацию преступления. При этом достаточно часто заявителями в качестве аргументов используются известные решения ЕСПЧ «Ваньян против России» и «Худобин против России».

Руководствуясь этими решениями, законодатель дополнил ст. 5 Закона об ОРД прямым запретом на подстрекательство, склонение и побуждение в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий. Тем не менее анализ материалов жалоб показывает, что установление такого запрета пока явно недостаточно, поскольку сотрудники оперативных служб нередко затрудняются в выборе правильных тактических приемов, позволяющих исключить провокацию преступления. Для решения этой проблемы требуются более четкие правовые ориентиры в установлении допустимых приемов проверочной закупки наркотиков.

Аналогичные проблемы возникают и при проведении оперативного эксперимента, используемого, как правило, для разоблачения взяточников. Весьма показательна в этом отношении публикация в Российской газете за 30 сентября 2010 года под названием «Законна ли провокация для выявления продажных чиновников?». В ней приводятся мнения экспертов о допустимости проведения оперативного эксперимента в целях проверки чиновников на склонность брать взятки даже при отсутствии установленных законом оснований. Обращает на себя внимание, что представитель Совета Федерации, поддерживая такое предложение, пошел еще дальше, предложив не выдержавших такой проверки чиновников привлекать к уголовной ответственности. Однако его безапелляционное утверждение, что такие проверки не влекут за собой нарушений конституционных прав граждан, вызвало резкую критику со стороны президента Федеральной палаты адвокатов РФ.

4. Много жалоб поступает в Конституционный Суд на нарушение прав личности при задержании с поличным наркосбытчиков, когда такое задержание оформляется протоколами досмотра и задержания, в которых в качестве правовой основы действий указывается ст. 48 ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» и ст. 6 Закона об ОРД. Это свидетельствует о проблеме правильного толкования и применения правовых норм, поскольку, во-первых, ст. 48 ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» применима лишь при условии установления на конкретной территории особого административно-правового режима контроля за незаконным оборотом наркотиков, а, во-вторых, Закон об ОРД не содержит норм, допускающих задержание граждан. Об этом неоднократно отмечал в своих решениях Конституционный Суд (определения от 16 апреля 2009 года № 392-О-О, № 4-5-О-О, от 22 апреля 2010 года № 532-О-О и др.).

К этой же серии относятся случаи, когда задержание взяточника с поличным и его личный обыск оформляется протоколом осмотра места происшествия. Самое интересное, что суды в своих решениях не ставят под сомнение законность такого рода действий, поощряя оперативных сотрудников на новые процессуальные «новации».

5. В последнее время в обращениях Конституционному Суду все чаще стала подниматься проблема обеспечения права на получение квалифицированной юридической помощи при проведении ОРМ. В решениях Конституционного Суда по этим вопросам неоднократно отмечалось, что это право должно быть обеспечено гражданам в случаях их фактического уголовного преследования (постановление от 27 июня 2000 года № 11-П, определения от 1 декабря 1999 года № 211-О, от 20 декабря 2005 года № 473-О, от 15 ноября 2007 года № 924-О-О).

В то же время Конституционный Суд допускает возможность исключений из общих требований обеспечения права на доступ к адвокату при проведении ОРМ, если возникает необходимость обеспечения режима секретности, соблюдения требований оперативности и конспиративности (определения от 9 июня 2005 года № 327-О, от 14 апреля 2007 года № 342-О-О).

Основываясь на правовых позициях Конституционного Суда, законодатель в настоящее время рассматривает законопроект, предусматривающий участие адвокатов при проведении оперативно-розыскных опросов подозреваемых и обвиняемых, содержащихся под стражей.

Затронутые нами вопросы обеспечения прав личности при проведении ОРМ требуют своего научного исследования, установления допустимых пределов их ограничения и более детального правового регулирования.

ШАДРИН Виктор Сергеевич,
заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики
Санкт-Петербургского юридического института (филиала)
Академии Генеральной прокуратуры РФ, доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Российской Федерации

ЖЕЛАЕМОЕ И ДЕЙСТВИТЕЛЬНОЕ В ДОСУДЕБНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ РОССИЙСКОГО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

В отечественном уголовном процессе, как известно, досудебное производство, под которым понимают прежде всего производство предварительного расследования, — важнейшая его часть, условия и результаты функционирования которой способны во многом определять характер, содержание и результаты осуществления уголовного судопроизводства в целом.

Недаром принятию в царской еще России Устава уголовного судопроизводства 1864 года, воплотившему в себе итоги довольно радикальной для того времени судебной реформы и положившего начало кодификации российского уголовно-процессуального законодательства, предшествовало реформирование предварительного расследования. В результате чего 8 июня 1860 г. был учрежден институт судебных следователей, приняты Наказ судебным следователям и Наказ полиции о производстве дознания, включенные позднее в качестве составной части в Устав уголовного судопроизводства¹.

Модель предварительного расследования, закрепленная в названном уставе, использовалась впоследствии при создании УПК РСФСР 1922, 1923 гг., а также УПК РСФСР 1960 г. и, хотя претерпела значительные изменения, по существу, реализуется и сейчас в современном российском уголовном процессе.

Отцы судебной реформы 1860–1864 гг., под влиянием доминировавшего в то время в континентальной Европе французского и в известной мере германского уголовного процесса, ввели в России уголовное судопроизводство смешанного типа, при состязательном судебном разбирательстве и следственном (розыскном) досудебном производстве, в котором следователю отводилась роль форпоста судебной власти. На судебного следователя возлагались большие надежды. Предполагалось, что, во-первых, именно результаты осуществляемого следователем расследования по уголовному делу приводят к формированию судебных доказательств, на основании которых суд в дальнейшем правомочен принимать по уголовному делу итоговое решение в форме приговора. Согласно ст. 254 УУС при производстве дознания полиция, по общему правилу, должна была все нужные ей сведения собирать посредством розысков, словесными расспросами и негласным наблюдением, не производя ни обысков, ни выемок в домах. Во-вторых, следователь мыслился как объективный исследователь расследуемого преступления, способный беспристрастно, как и подобает

органу судебной власти, разобраться во всех обстоятельствах его совершения. В отличие от современного российского следователя он никому не предъявлял обвинение, на него не возлагалась обязанность в каком-либо официальном документе излагать свои выводы о возможной виновности в преступлении того или иного лица. После передачи следователем уголовного дела прокурору последний, при наличии оснований, составлял обвинительный акт, имевший значение заключения о предании обвиняемого суду (ст. 519 УУС).

Однако, как показала практика деятельности судебного следователя, выяснение им обстоятельств совершения преступления не может не включать в себя установления того, кто преступление совершил, степень причастности данного лица к преступлению и изобличение его в преступлении собранными по уголовному делу доказательствами. Функция уголовного преследования неизбежно проявляется в следственной деятельности и способна приобретать преобладающее значение, что представляется неизбежным в уголовном процессе смешанного типа, где досудебное производство построено и осуществляется на розыскных началах. Спустя полвека после введения в действие Устава уголовного судопроизводства составители Комментария к нему вынуждены были констатировать, что судебный следователь «определенно занял сторону обвинительной власти»².

В годы советской власти деятельность следователя наполнилась еще более ярко выраженным обвинительным содержанием и в процессуальном, и в организационном смысле. Значение его как ведущей, олицетворяющей судебную власть фигуры в досудебном производстве последовательно снижалось. Следователь стал выносить по уголовному делу постановление о привлечении в качестве обвиняемого и предъявлять обвинение, завершать производство предварительного следствия составлением обвинительного заключения. Уже в момент принятия УПК РСФСР 1923 г. вместо УПК РСФСР 1922 г. явственно проявилась тенденция процессуального подчинения следователя прокурору, что нашло отражение в ряде статей вновь принятого уголовно-процессуального закона. Одновременно возрастало значение процессуальной деятельности органов дознания. После изменений, внесенных в УПК РСФСР по решению сессии ВЦИК 16 октября 1924 г., права органов дознания были расширены почти до полного уравнивания с правами органов предварительного следствия³, а результаты их познавательной деятельности по уголовному делу признавались такими же доказательствами, как и доказательства, полученные следователями. Сделано это было из благих побуждений ускорения и упрощения предварительного расследования. Но в результате было упущено из виду или сознательно предано забвению то, что имеет принципиальное значение для теории и практики уголовного судопроизводства, а именно: доказательственные данные, полученные органами дознания, не могут считаться доказательствами судебными в буквальном смысле этого слова.

Как правило, одно отступление от основополагающих норм влечет за собой другие подобные отступления. Если после принятия первых советских уголовно-процессуальных кодексов следователи еще состояли при судах, то в 1928 г. следственный аппарат был передан в прокуратуру по мотивам необходимости ликвидации двойного подчинения следователей (организационного — суду, процессуального прокуратуре) и повышения тем самым эффективности предварительного следствия. В результате следователь окончательно перестал быть судебным, его деятельность, по существу, утратила юстиционный характер.

Предварительное следствие же, вопреки ожиданиям, отнюдь не поднялось на более высокий уровень. Наоборот, как отмечалось в периодической юридической печати, качество предварительного следствия в 1929–1934 гг. даже ухудшилось⁴.

В дальнейшем так сложилось, что работники органов дознания по поручениям следователя выполняли значительную часть процессуальной деятельности по уголовным делам, вплоть до того, что следователю оставалось по уголовному делу только составить обвинительное заключение и направить уголовное дело в суд. Хотя подобная практика не соответствовала требованиям действующего уголовно-процессуального закона, прокуратура, органы судебной власти находили ее приемлемой с точки зрения возможности преодоления таким образом организационных и кадровых проблем обеспечения предварительного расследования. С течением времени в милиции фактически образовался следственный аппарат, производивший расследование значительной части совершаемых преступлений, однако не без нареканий в отношении качества следственной работы. В связи с принятием в 1960 г. нового УПК РСФСР он был ликвидирован, но с учетом опыта его существования в 1963 г. органы охраны общественного порядка (внутренних дел) наряду с органами прокуратуры и государственной безопасности были наделены правом производства предварительного следствия, в них возникли многочисленные подразделения, возглавляемые их руководителями. В связи с выявившейся невозможностью осуществлять непосредственный надзор за следователями всех следственных подразделений начальники следственных отделов в 1965 г. были наделены процессуальными полномочиями, производными от полномочий прокурора в досудебном производстве.

Это положило начало так называемому ведомственному процессуальному контролю, существование которого в конечном итоге привело к вивисекции прокурорских полномочий по надзору за предварительным следствием согласно Федеральному закону от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ, принятому в связи с созданием Следственного комитета при прокуратуре РФ. Полномочия прокурора не только по руководству предварительным следствием, но и во многом по осуществлению надзора перешли к новому участнику уголовного судопроизводства — руководителю следственного органа. Среди одного из оснований данного решения указывалось на необходимость усиления процессуальной самостоятельности следователя. Но, как представляется, здесь также желаемое выдается за действительное. Поскольку процессуальную самостоятельность обрели не сами следователи, а их начальники. Вопреки, между прочим, Концепции судебной реформы в Российской Федерации, согласно которой при возможном создании Следственного комитета России — к чему сейчас идет дело — решение о процессуальном подчинении следователя административным начальникам (начальникам следственных отделов, комитетов и других подразделений), наделении последних процессуальными полномочиями, правом контролировать и ход, и результаты расследования, пересматривать постановления следователя должно быть отвергнуто как неприемлемое⁵.

Историческая панорама развития отечественного уголовного судопроизводства в его досудебной части наглядно свидетельствует, что законодатель не всегда способен предвидеть реальную жизнь принимаемых уголовно-процессуальных законов. Не избежал сей печальной участи и действующий в настоящее время УПК РФ.

Судя по всему, нынешний УПК создавался как уголовно-процессуальный закон опережающего действия, содержащий модель уголовного процесса демократического правового государства, которую предстояло реализовать в практической деятельности по уголовным делам в расчете на ее понимание, признание и воплощение в повседневное и повсеместное правоприменение. Однако 8 лет, прошедших с момента введения в действие УПК РФ, не позволяют констатировать, что данная задача успешно решена.

Стремление построить современный российский уголовный процесс по типу состязательного, что, очевидно, могло бы способствовать большему обеспечению прав вовлекаемой в производство по уголовному делу личности, привело создателей УПК РФ к закреплению в нем положений, заведомо неспособных получить надлежащей реализации. К ним, в частности, следует отнести формулу принципа состязательности, в соответствии с которой функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела не могут быть возложены на одни и тот же орган или на одно и то же должностное лицо (ч. 2 ст. 15 УПК РФ). А также разделение всех основных участников уголовного судопроизводства на представляющих судебную власть, обвинение и защиту (главы 5, 6 и 7 УПК РФ), в связи с чем следователь наряду с дознавателем и прокурором оказался в числе участников со стороны обвинения.

Поскольку тип отечественного уголовного процесса практически не изменился, досудебное производство осталось в своей основе, как было и ранее, розыскным, хотя с отдельными элементами состязательности, в деятельности следователя по-прежнему совмещается проявление функций и уголовного преследования, и защиты. На что в былые времена обращал внимание М. С. Строгович⁶ и что характеризует деятельность следователя как всестороннее, полное и объективное исследование всех обстоятельств совершения расследуемого преступления. Соответственно, включение следователя в число участников уголовного судопроизводства со стороны обвинения не может быть столь определенным и категоричным, как сделано в УПК РФ.

Обозначенные в УПК РФ амбициозные устремления его создателей, которые, как они, возможно, полагали, в будущем должны или могут привести к преобразованию отечественного уголовного процесса в состязательный, ни к чему явно положительному на сегодняшний день не привели. Издержки их проявления пытаются дезавуировать или смягчить Конституционный Суд РФ, законодатель, судебная и следственная практика производства по уголовным делам. В частности, Конституционный Суд разъяснил, что, осуществляя от имени государства уголовное преследование по уголовным делам публичного и частно-публичного обвинения, прокурор, а также следователь и иные должностные лица со стороны обвинения должны подчиняться установленному УПК РФ порядку уголовного судопроизводства, в том числе обеспечивать подозреваемому и обвиняемому право на защиту, принимать решения в соответствии с требованиями законности, обоснованности и мотивированности (ст. 7), в силу которых обвинение может быть признано обоснованным только при условии, что все противостоящие ему обстоятельства дела объективно исследованы и опровергнуты стороной обвинения. Каких-либо положений, допускающих освобождение прокурора, следователя, дознавателя от выполнения этих обязанностей, УПК РФ, в том числе ч. 2 ст. 15, согласно которой функции обвинения, защиты и разреше-

ния уголовного дела не могут быть возложены на один и тот же орган и или на одно и то же лицо, не содержит⁷.

Приходится, к сожалению, признать, при определении дальнейшей судьбы российско-го уголовного процесса в УПК РФ не было в достаточной мере учтено наличие реальных условий для осуществления законодательных новелл на данном этапе развития государства и общества, опыт развития отечественного уголовного процесса, роль и значение для него досудебного производства.

Сноски:

- 1 См.: Российское законодательство X–XX веков. Судебная реформа. Т. 8. М., 1991. С. 83, 283.
- 2 Устав уголовного судопроизводства. Систематический комментарий. Вып. 3. М., 1914. С. 613.
- 3 См.: Ломов В. С., Ломов А. В. Органы предварительного следствия советской России во второй половине 20-х гг. Волгоград, 2010. С. 22.
- 4 См.: Рагинский М., Тарасов-Родионов. Предварительное следствие за 20 лет // Социалистическая законность. 1937. № 11. С. 39.
- 5 См.: Концепция судебной реформы в Российской Федерации. М., 1992. С. 65, 66.
- 6 См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968. С. 226.
- 7 См.: постановление Конституционного Суда РФ от 29.06.2004 № 13-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 УПК РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы.

ШЕЙФЕР Семен Абрамович,

профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики
Самарского государственного университета, доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Российской Федерации,
заслуженный деятель науки Российской Федерации

СЛЕДСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ: ИСТОРИЯ И СОВРЕМЕННОСТЬ

1. Вопрос о сущности власти следователя в отечественном уголовном процессе, т. е. о его полномочиях и возложенной на него законом функции, во все времена был предметом острых научных дискуссий. И это не случайно! Дело в том, что деятельность следователя как должностного лица, призванного подготовить материал, необходимый для разрешения дела в суде, объективно со всех точек зрения не могла быть безупречной и всегда включала в себя внутренние несовпадающие устремления, диктуемые законодателем и отражающие общественные ожидания. Таковы, с одной стороны, эффективность, т. е. раскрытие преступления как необходимое условие персонафицированной уголовной ответственности лица перед судом, а с другой — гарантии прав этого лица, по необходимости, всегда подвергаемые ограничениями, степень которых должна быть разумной с тем, чтобы не превратить расследование в подавление личности и не помешать установлению истины. Данные коллизии всегда порождали стремление законодателя сгладить их остроту, выработать меры, в какой-то степени уравнивающие противоречивые тенденции в деятельности следователя¹. Это стремление явственно обнаруживается уже в книге XV Свода законов Российской империи 1832 г., содержащей «Законы о судопроизводстве по делам о преступлениях и проступках». Данный нормативный акт, закрепивший постулаты розыскного процесса, в том числе сформулированную в Петровские времена формальную теорию доказательств с ее признанием вины — «лучшим свидетельством всего света» (ст. 316) и ответственностью обвиняемого за «упорство и слушание дать ответы» (ст. 288), в то же время обязывал прокуроров и стряпчих «смотреть, чтобы следствие происходило с возможной скоростью, чтобы при том не происходило пристрастных допросов, бесчеловечных истязаний и притеснения невинности» (ст. 166). Тем не менее предварительное следствие того времени оставалось чисто полицейской деятельностью, а власть следователя — полицейского чиновника имела административный характер и часто граничила с произволом.

2. Крупным этапом развития законодательства, обозначившим переход от розыскного, инквизиционного к состязательному процессу, стала судебная реформа 60-х гг. XIX века. Она коренным образом затронула и предварительное расследование, внедрив в него заметные элементы состязательности. Указы Александра II от 8 июня 1860 г., утвердившие «Учреждение судебных следователей», «Наказ судебным следователям», а также «Наказ полиции о производстве дознания...», создали принципиально

новую процессуальную фигуру следователя, заменившую станковых, частных и следственных приставов — чиновников полиции, проводивших предварительное следствие. Появился судебный следователь, являвшийся одновременно членом уездного, впоследствии окружного суда, обязанный в свободное от производства следствий время исполнять чисто судебские функции.

Какова же функция и роль в обновленном судопроизводстве, которую был призван осуществлять судебный следователь? Принципиальное решение этого вопроса закреплено «Основными положениями уголовного судопроизводства» от 29 сентября 1862 г. (далее — ОП), ставшими два года спустя основой детально регламентированного нормативного акта — Устава уголовного судопроизводства (далее — УУС). В самом общем виде функция судебного следователя была определена предписаниями, разграничившими обвинительную, судебную и административную (полицейскую) власть. Статья 3 ОП провозгласила, что власть судебная отделяется от власти обвинительной, она, согласно ст. 5 ОП, принадлежит судам без всякого участия властей административных. Обвинительная же власть, т. е. обнаружение преступлений и преследование виновных принадлежит прокурорам (ст. 4). Поскольку судебный следователь принадлежал к судебному ведомству и осуществлял деятельность, близкую по содержанию к деятельности суда, можно считать, что эти законоположения относятся и к нему. Они стали основой построения состязательного в своей основе предварительного следствия, при котором обвинение выдвигает обвинительная власть, т. е. прокуратура, а также административная власть, т. е. полиция, судебный же следователь как объективный исследователь и носитель судебной власти должен разрешить вопрос об обоснованности обвинения. Таким образом, в основу построения досудебного производства законодатель взял французский образец, в котором прокурор возбуждает перед судьей — следственным судьей публичный уголовный иск, а последний исследует обстоятельства дела, выявляя «за» и «против» обвинения, чтобы на этой основе осуществить предание суду.

3. Однако законодатель не ограничился воспроизведением соответствующих положений французского УПК, а придал деятельности судебного следователя специфические черты, учитывающие особенности территории, на которой он призван осуществлять свою деятельность (ее протяженность), а также опасность несвоевременного обнаружения и расследования преступлений.

Устав уголовного судопроизводства окончательно определил статус и предназначение судебного следователя, закрепив их в отд. 2 гл. 1 раздела второго Устава, именуемого «Существо обязанностей и степень власти судебных следователей». Для уяснения функции судебного следователя важнейшими являются содержащиеся здесь предписания, определяющие полномочия следователя при применении мер, необходимых для производства следствия, кроме тех, проведение которых ограничено законом (ст. 264 УУС). Закон рисует следователя как активного и оперативного исследователя, обязанного собирать необходимые для установления истины доказательства, не допуская при этом промедления и возможной утраты признаков преступления (ст. 266 УУС). Он уполномочен проверять и даже отменять действия полиции (ст. 269 УУС), которая должна без замедления исполнять его законные требования. Исследовательская деятельность судебного следователя осущест-

вляется им и в случае, когда преступление остается нераскрытым («нет в виду подозреваемого» или когда обвиняемый скрылся (ст. 276)).

В соответствии с положениями УУС активная исследовательская деятельность судебного следователя должна сочетаться с требованием безусловной объективности. Статья 264 УУС обязывает его при производстве следствия «с полным беспристрастием приводить в известность как обстоятельства, уличающие обвиняемого, так и обстоятельства, его оправдывающие», т. е. действовать в основе своей так же, как действует и суд, рассматривающий дело по существу. Если к этому добавить, что следователь действовал под контролем суда, многие его решения требовали судебного санкционирования и сам он выступал как судья окружного суда, то вслед за видными учеными того времени² надо признать — власть, осуществляемая судебным следователем, — это в основе своей судебная власть, отделенная, как говорилось раньше, от власти административной и власти обвинительной.

Но, как уже отмечено, статус (полномочия), а следовательно, и функция судебного следователя включили ряд положений, отражающих особенности осуществления судопроизводства на территории России. Такими особенностями стали определенные обвинительные элементы его статуса.

Так, судебный следователь вправе начать предварительное следствие по своему непосредственному усмотрению (п. 3 ст. 297 УУС), но лишь в том случае, когда застигнет совершающееся или только совершившееся преступное деяние (ст. 313). Он также вправе начать производство по заявлению очевидцев (ст. 298 УУС) и явке с повинной (ст. 310 УУС). Во всех этих действиях просматриваются осуществляемые судебным следователем элементы уголовного преследования, т. е. деятельности обвинительной.

Кроме того, статус (и функция) судебного следователя в определенной мере зависел и от его взаимоотношений с обвинительной властью, носителем которой в уголовном судопроизводстве того времени являлся прокурор.

Устав уголовного судопроизводства установил гибкую систему таких взаимоотношений: прокуроры сами предварительных следствий не производят, но осуществляют наблюдение за деятельностью судебного следователя, в том числе путем личного присутствия при всех следственных действиях (ст. 278 и 280). В то же время прокурор вправе предъявлять судебному следователю требования об устранении нарушений закона (ст. 281), причем следователь обязан эти требования исполнить, а если к этому встретится препятствие, он должен его преодолевать, уведомляя об этом прокурора и ожидая его разрешения (ст. 282). Полномочия прокурора касались и применения судебным следователем мер пресечения (ст. 283, 284, 285).

Таким образом, полномочия прокурора позволяли ему, не вмешиваясь в конкретную деятельность судебного следователя, принимать меры к обеспечению надлежащего качества предварительного следствия. Особо значимым в этом отношении является право прокурора требовать дополнение предварительного следствия по сделанным им судебному следователю указаниям (ст. 286 УУС).

Суммируя предписания УУС о существе власти судебного следователя и власти прокурора, можно в обобщенном виде представить себе следующую схему взаимоотношений между этими субъектами: прокурор с помощью полиции возбуждает уголовное преследо-

вание как по доходящим до них сведениям, так и по непосредственно усмотренным преступлениям (ст. 311 УУС), в чем отчасти участвует и судебный следователь, последний же, будучи наделенным судебной властью, подконтрольным суду и поднадзорным прокурору, осуществляет объективную и самостоятельную исследовательскую деятельность в целях подготовки материалов, необходимых прокурору и суду для принятия решений о передаче суду или о прекращении производства по делу.

4. Обозначенные подобным образом полномочия и функция судебного следователя встретили острую критику современников. Так, по мнению В. П. Даневского, предварительное следствие «едва ли не самая слабая часть нашего уголовного процесса»³.

Критические оценки касались как принципиальной конструкции предварительного следствия, так и его практических результатов. Видные ученые того времени отмечали слабость состязательных начал в деятельности судебного следователя, выражающуюся в том, что он в ряде случаев сам формирует предмет обвинения и начинает уголовное преследование. В связи с этим И. Я. Фойницкий полагал, что «предварительное следствие у нас... все более приближается к инквизиционному типу»⁴. По мнению Вл. Случевского, «Устав... возложил на предварительное следствие задачу разыскания виновника, что соответствует гораздо более полицейскому дознанию, нежели предварительному следствию»⁵. В. П. Даневский считал, что предварительное следствие станет подлинно состязательным лишь тогда, когда обвинение будет формироваться только обвинительной властью, т. е. прокуратурой с участием полиции без какого-либо участия в этом судебного следователя, а к участию в деле будет допущена сторона защиты⁶. Одну из причин появления обвинительных элементов в деятельности следователя ученые видели в широких полномочиях прокурора, который вправе был не только давать следователю обязательные для него указания, но и вообще активно участвовать в формировании корпуса судебных следователей: законодательство того времени предусматривало, что назначение следователей на должность осуществлялось Министерством юстиции по соглашению с Губернским прокурором. Наконец, критике подвергалась и недостаточная эффективность деятельности судебных следователей: 35% расследуемых ими дел направлялись на прекращение в суд, а обвинительные приговоры составили всего 25% от дел, находившихся в производстве⁷. Одной из причин этого стала практика замены судебных следователей менее квалифицированными лицами, «исправляющими должность следователей», назначением и отстранением которых ведал прокурорский надзор⁸.

Возникли официальные (комиссия Петерса) и неофициальные предложения о реформировании предварительного следствия, диапазон которых охватывал крайние варианты — от упразднения предварительного следствия и замены его прокурорским дознанием до учреждения «чистой» состязательности следствия по французскому или англосаксонскому образцу и допуском защиты как полноправной стороны.

Противником кардинального реформирования предварительного следствия выступил Вл. Случевский, заметив, что при всех недостатках следствия следователь все-таки представляет в качестве судьи, поставленного под контроль суда, больше гарантий частных интересов, нежели прокурор. С другой стороны, введение в предварительное следствие тех процессуальных форм, по которым развивается следствие судебное, подняло бы

предварительное следствие на такую высоту, которая совершенно не соответствовала бы его назначению⁹.

«Не радикальным изменением оснований нынешнего предварительного следствия путем введения в него форм обвинительного процесса, — пишет автор, — а тем более не совершенным уничтожением его, но только частичным улучшением и применением к тем условиям, среди которых ему приходится развиваться, желательно улучшить его»¹⁰.

5. Как известно, реформа отечественного предварительного следствия в направлениях кардинальной перестройки тогда не состоялась. Можно лишь сожалеть, что были отвергнуты и разумные предложения о допуске защиты на предварительное следствие. Но в целом возобладала сформулированная Вл. Случевским взвешенная позиция. Она, как представляется, и донные сохраняет свое конструктивное значение. И дело не только в том, что необходимость коренных преобразований правовой системы (и закономерно связанные с этим огромные финансовые затраты) становится очевидной тогда, когда такие преобразования одобряются обществом, не желающим более мириться с глубинными пороками правовой системы (этим была вызвана судебная реформа 60-х гг. XIX в.). Второй важный аспект, побуждающий к осторожности, — объективная недостижимость цели создания идеального во всех отношениях досудебного производства. Применительно к предварительному следствию, как мы об этом уже говорили, данная закономерность проявляется в невозможности полностью примирить две органически присущие этой стадии противоположные тенденции — с одной стороны, раскрыть преступление и установить истину, а с другой — обеспечить надлежащие гарантии прав участников процесса, которые бы препятствовали превращению расследования в произвол. В этих условиях задача законодателя состоит в разработке мер, смягчающих, сдерживающих и нейтрализующих эти противоречия.

Подводя итог сказанному, можно утверждать, что к концу XX века следственная власть представляла собой специфическое средостение между властью судебной, т. е. проверкой обвинения, выдвинутого прокуратурой, и властью обвинительной, состоящей в обнаружении преступлений и преследовании виновных. Учитывая значимость каждой из этих составляющих, Вл. Случевский считал возможным именовать власть следователя следственно-судебной¹¹, что, на наш взгляд, точно выражает содержание этой власти, демонстрируя органическое единство различных направлений ее реализации.

6. Нигилистические тенденции развития отечественного уголовно-процессуального законодательства, сложившиеся в первые послереволюционные годы — отказ от законов свергнутых правительств по первым декретам о суде, все же не привели к полному игнорированию демократических идей Устава уголовного судопроизводства, основанных на разграничении судебной и обвинительной власти. Первые УПК РСФСР 1922 и 1923 гг. сохранили следователя как представителя судебной власти¹². «Народные следователи», как и судебные следователи прежних времен, оставались при судах, были подконтрольны суду, хотя и поднадзорны прокурору, и даже могли в некоторых случаях оспаривать действия прокурора перед судом¹³.

Но спустя 15 лет после принятия УПК 1923 г. предварительное следствие подверглось глобальному преобразованию. В условиях начавшейся коллективизации и перманентной

борьбы с «врагами народа» власть не нуждалась более в следователях, которые с равным вниманием и усердием выступали «за» и «против» обвинения. В конце 20-х гг. началась постепенная передача следственного аппарата в прокуратуру с полным подчинением следователей прокурору. Это означало упразднение независимой следственной («следственно-судебной») власти и превращение следователя в своеобразного помощника прокурора по следствию. В теории появилась разработанная профессором М. А. Чельцовым концепция, согласно которой наше предварительное расследование — это новая, ранее неизвестная форма — прокурорское расследование, при котором прокурор является «хозяйном процесса». Не без оснований Ю. В. Деришев назвал такое расследование «прокурорским дознанием». Такая организация предварительного следствия напоминает предварительное производство в Германии, где в 1974 г. предварительное следствие было упразднено с сохранением дознания, которым руководит прокурор. Но в нашем досудебном производстве отсутствовал судебный контроль за расследованием и другие гарантии законности, присущие прокурорскому дознанию в Германии.

В связи с предпринятыми государством мерами по преодолению культа личности и его последствий в обществе возникли определенные ожидания укрепления роли и самостоятельности следователя. Принятые в 1958 г. новые «Основы уголовного судопроизводства Союза СССР и союзных республик» сделали определенные шаги в этом направлении (в частности, разграничив дознание и предварительное следствие). Но принятый 27 октября 1960 г. в ряду мер по устранению последствий культа личности новый УПК РСФСР этих ожиданий не оправдал, не внеся существенных перемен в механизм предварительного следствия и в характер власти следователя. Хотя наряду со следователями прокуратуры приобрели легитимность и следственные аппараты органов госбезопасности и МВД, не подчиненные непосредственно прокурору, т. е. как бы обладавшие независимостью от него, эта независимость была существенно ограничена: все следователи, в том числе и ведомственные, действовали под надзором и руководством прокурора, располагавшего для этого неограниченными полномочиями. Правда, УПК сделал формальный шаг в утверждении следственной власти, провозгласив в ст. 127 процессуальную самостоятельность следователя. Он получил право самостоятельно определять направление расследования и такую же, как у прокурора и суда, обязанность исследовать обстоятельства дела всесторонне, полно и объективно (ст. 20). УПК также наделил следователя правом в случае несогласия с некоторыми указаниями прокурора, не выполняя их, представить свои возражения вышестоящему прокурору. Однако многочисленные исследования показали, что это свое право следователи практически не использовали, опасаясь нежелательных для них последствий. Как и раньше, направление расследования требовало одобрения прокурора, который своими указаниями мог пресечь «нежелательные» отклонения. Особенно остро ограничивалась самостоятельность следователя в ведомственных следственных подразделениях, где была учреждена фигура начальника следственного отдела, наделенного определенными дискреционными процессуальными полномочиями, но также располагающего административной властью в отношении следователя. К тому же вышестоящие руководители следственных подразделений одновременно являлись и руководителями органов дознания, что ставило под сомнение ведущую роль следователя по отношению к органам дознания и придавало

в глазах следователей неоправданный приоритет оперативно-розыскной (а не процессуальной) деятельности. В этих условиях, как показывают исследования, многие следователи (около половины) считали себя исполнителями указаний прокурора, а отнюдь не носителями какой-то самостоятельной следственной власти. Но в то же время часть следователей отводила себе традиционную роль объективного исследователя обстоятельств дела¹⁴.

7. Еще более глубокие изменения в механизме предварительного расследования, ограничившие самостоятельность следственной власти, произошли в связи с принятием в 2001 г. нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Распространив в определенной мере принцип состязательности сторон на досудебное производство и исключив из закона обращенное к органам расследования, прокурору и суду требование всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, законодатель однозначно причислил следователя к стороне обвинения и возложил на него, так же как и на прокурора, осуществление функции уголовного преследования. Это означало окончательный отказ от утвердившегося в общественном правосознании идеального представления о следователе как об объективном и непредвзятом исследователе, свободном от обвинительного уклона. Многие ученые не без оснований полагают, что новые законоположения оправдывают обвинительный уклон в деятельности следователя, заложенный законодателем в постулатах состязательного процесса, согласно которым доказательства обвинения должен собирать следователь как сторона обвинения, а доказательства защиты — обвиняемый и его защитник¹⁵.

В то же время нельзя не заметить глубоких противоречий УПК в определении функций следователя. Многие авторы обратили внимание на следующий знаменательный факт: составители УПК не смогли в полной мере отказаться от требований установления истины путем полного всестороннего и объективного исследования обстоятельств дела — эти требования с большей или меньшей определенностью сохранились в ряде статей УПК (ст. 152 и 154 УПК). Но еще более непосредственно они выражены в нормах, определяющих предмет доказывания (ст. 73 УПК), которые обязывают следователя как одного из субъектов доказывания устанавливать не только обстоятельства, указывающие на виновность обвиняемого (п. 1 и 2 ст. 73), но и обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния, а также обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности (п. 5 и 7 ст. 73), т. е. устанавливать факты, несовместимые с обвинением, опровергающие его. Кроме того, закон (ст. 16 УПК) обязывает следователя обеспечить обвиняемому и подозреваемому возможность защищаться от предъявленного обвинения и подозрения. Также и составляя обвинительное заключение, следователь должен привести в нем доказательства, на которые ссылается сторона защиты, что присуще ему как объективному исследователю, свободному от установки на обвинение. Исходя из этих законоположений, можно считать, что полномочия современного следователя, его функция охватывают уголовное преследование, исследование обстоятельств дела и защиту интересов обвиняемого, т. е. тот внутренне противоречивый комплекс, который применительно к судебному следователю уже был предметом острой критики видных ученых того времени. Применительно к современному положению основания для критики существенно усилились вследствие причисления следователя к обвинительной, а не к судебной власти.

В каком же положении оказался ввиду сказанного следователь? Он не может не испытывать чувства раздвоенности, сознавая себя с одной стороны обвинителем, а с другой — лицом, обязанным опровергать себя как обвинителя, собирая и исследуя оправдывающие обвиняемого доказательства¹⁶. Может быть следует устранить эту антиномию, т. е. внутреннюю противоречивость законодательства, закрепив в законе роль следователя как объективного исследователя. Этим был бы учтен не только исторический отечественный, но и современный опыт континентальных стран Европы. Уместно заметить, что и в близкой нам германской модели досудебного производства прокуратура и полиция обязаны проводить расследование беспристрастно, собирать не только уличающие, но и оправдывающие доказательства (12 § 160 УПК ФРГ).

8. Проблема объективности, беспристрастности и самостоятельности следователя еще более обострилась в связи и с принятием Федерального закона № 87 от 5 июня 2007 г. и последующих, связанных с реформой предварительного следствия, нормативных актов.

Реформа не ограничилась, как намечалось в объяснительных записках к законопроектам, лишением прокурора полномочий по руководству предварительным следствием. Вместе с ними он утратил почти все полномочия надзорного характера (в их числе возбуждать и прекращать уголовное дело, отменять незаконные и необоснованные постановления следователя и т. д.), без которых весьма затруднительно осуществлять сохраненную за прокурором функцию уголовного преследования. Но утраченные прокурором права не исчезли: законодатель передал их вновь учрежденной процессуальной фигуре — руководителю следственного органа (далее — РСО). В руках этого участника оказались сосредоточенными широчайшие полномочия, в том числе и такие, которые существенно и в большей мере, чем прежде, ограничивают процессуальную самостоятельность следователя. Теперь следователь не вправе без согласования с РСО прекратить уголовное дело, обжаловать решения прокурора, с которыми он не согласен, направить прокурору дело с обвинительным заключением, возбудить перед судом ходатайство о даче согласия на проведение следственных действий, а перед прокурором ходатайство о заключении досудебного соглашения с обвиняемым о сотрудничестве, возбудить ходатайство перед судом о применении к несовершеннолетнему обвиняемому принудительных мер воспитательного воздействия.

При этом надо учесть, что самостоятельность следователя, кроме того, ограничивается сохранившимися у прокурора некоторыми надзорными полномочиями, а также судебным контролем за действиями и решениями следователя.

Следует также иметь в виду, что отношения между следователем и РСО во многом носят административный характер (прием на работу, перемещение, поощрения и взыскания), что ставят следователя в положение должностного лица, подчиненного своему начальнику, со всеми вытекающими из этого последствиями.

Вкупе с широчайшими полномочиями РСО, позволяющими ему жестко управлять поведением следователя, последний предстает как участник процесса, фактически лишенный реальной возможности совершать самостоятельные действия и принимать самостоятельные решения о направлении следствия.

В этих условиях вопрос о том, располагает ли следователь необходимой процессуальной самостоятельностью, звучит риторически, ибо ясно, что ее у него нет, но, следователь-

но, и нет осуществляемой им независимой следственной власти. Однако, как было показано, независимая следственная власть является необходимым условием успешного решения сложных и ответственных задач, стоящих перед уголовным судопроизводством как на его досудебных, так и на судебных стадиях.

9. Многочисленные критические суждения в адрес следственного аппарата как в научной литературе, так и в средствах массовой информации приобрели особую актуальность в связи с предстоящей реформой органов внутренних дел.

Нет сомнения в том, что преобразования должны коснуться и органов предварительного расследования. Отмеченные выше несовершенство и противоречивость правовой регламентации следственной деятельности служат дополнительным аргументом необходимости такого преобразования.

Учеными и практиками высказано немало предложений о возможных направлениях реформирования следствия. Каждое из них, как представляется, имеет свои достоинства и свои слабые места: многовековой опыт показывает, что следственная деятельность по своим целям и методам изначально не может быть безупречной: она всегда и везде оставляет повод для критики, основания для которой заложены в самом ее существе — стремлении раскрыть преступление и удержаться при этом в разумных рамках применения принуждения и ограничения прав.

И все же два аспекта возможных преобразований представляются актуальными и заслуживают первоочередного внимания.

Первый. Совершенствование предварительного следствия возможно без его кардинальной ломки. При таком подходе целесообразно, как было отмечено раньше, **исключить** следователей из числа участников процесса на стороне обвинения и ограничить их деятельность исследовательской функцией¹⁷.

Менее однозначным является предложение, сохранив нынешний статус следователя как участника процесса на стороне обвинения, **дополнить** его обязанностью всесторонне, полно и объективно исследовать обстоятельства предмета доказывания. Здесь явственно обозначается внутренняя несогласованность функций следователя, о которой говорилось ранее и которая может быть в определенной мере сглажена включением в полномочия следователя «сдержек и противовесов», исключающих крайние проявления следственной власти¹⁸.

Второй. Совершенствование предварительного следствия требует более глубоких преобразований. Целесообразно придать предварительному следствию характер **предварительного судебного исследования** и возложить эту функцию на судебного следователя, который в результате станет, как и в прежние времена, носителем следственно-судебной власти, в значительной мере отделенной от уголовного преследования¹⁹.

Готово ли общество и государство принять полностью или частично эти идеи, пока неясно. Но несомненно: меры по совершенствованию предварительного следствия необходимы. На слуху у населения, ученых и практиков идея создания единого следственного комитета, объединяющего деятельность следователей всех ведомств. Если этой идее суждено осуществиться, было бы полезно предварительно решить вопрос о том, кем — следователем, или преследователем, или тем и другим одновременно — окажется следователь в новой структуре.

Сноски:

- 1 На этот момент правильно обращает внимание Ю. В. Деришев, замечая, что «объективным критерием модели уголовного процесса является разрешение проблемы конкуренции эффективности судопроизводства и необходимости обеспечения правовых гарантий законных интересов лиц, в него вовлекаемых... с тем, чтобы гармонично рассматривать две взаимосвязанные (но при реализации часто вступающие в противоречие) проблемы...» См.: Деришев Ю. В. Концепция уголовного досудебного производства в правовой доктрине современной России. Омск, 2004. С. 331, 332.
- 2 См.: Случевский Вл. Учебник русского уголовного процесса. СПб., 1913. С. 239, 242.
- 3 Даневский В. П. Наше предварительное следствие, его недостатки и реформа. Киев, 2001. С. 23.
- 4 Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. II. СПб., 1996. С. 388. Также и М. В. Духовский усматривает в ряде полномочий судебного следователя уголовное преследование и даже элементы полицейской деятельности. См.: Духовский М. В. Русский уголовный процесс. М., 1910. С. 267, 268.
- 5 Случевский Вл. Учебник русского уголовного процесса. СПб., 1913. С. 515. Автор отмечал, что «руководившая составителями Уставов мысль о создании самостоятельной судебной деятельности следственного судьи не нашла полного осуществления». (Там же. С. 520).
- 6 Даневский В. П. Указ. соч. С. 26–71.
- 7 Даневский В. П. Указ. соч. С. 23.
- 8 Даневский В. П. Указ. соч. С. 73.
- 9 Случевский Вл. Указ. соч. С. 506.
- 10 Там же.
- 11 Случевский Вл. Указ. соч. С. 240.
- 12 См.: Смирнов А. В. Эволюция исторической формы советского уголовного процесса и предварительного расследования // Советское государство и право. 1990. № 12.
- 13 Однако они, а не прокурор составляли теперь обвинительное заключение, что свидетельствует об определенном усилении обвинительного элемента в их деятельности.
- 14 См.: Шейфер С. А., Бобров А. В. Процессуальные и организационные проблемы совершенствования деятельности следственного аппарата (по материалам опроса сотрудников правоохранительных органов, судей, адвокатов) // Юридический аналитический журнал. Самара. 2006. № 1. С. 5–13.
- 15 Парадоксальный пример такого подхода приводит следователь по особо важным делам СУ СК при прокуратуре РФ по Республике Башкортостан А. Н. Халиков: заместитель прокурора одного из субъектов РФ, рассмотрев дело, представленное ему с обвинительным заключением, предложил следователю убрать из обвинительного заключения все показания и другие доказательства в защиту обвиняемого, заявив при этом: «...пусть адвокаты ищут доказательства защиты, а мы являемся стороной обвинения и будем приглашать только свидетелей обвинения». См.: Халиков А. Н. Функции предварительного расследования в уголовном судопроизводстве // Российский судья. 2009. № 7. С. 39.
- 16 Л. В. Головоко не без оснований именуется эту ситуацию так: «Совершенно фантастическая процессуальная эклектика, смешивающая абсолютно взаимоисключающие вещи и процессуальные стили». См.: Новый УПК Российской Федерации в контексте сравнительного уголовно-процессуального права // Государство и право. 2002. № 5. С. 54.
- 17 Такой подход означал бы, что единственной функцией следователя является функция расследования или, что равнозначно, исследования обстоятельств дела, как считали ранее многие исследователи. См.: Рахунов Р. Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. М., 1961. С. 47, 48. Об исследовательской функции следователя говорили А. М. Ларин и другие авторы.
- 18 Такие предложения вносят многие авторы. См., например: Манова Н. С. Предварительное следствие: идеи и новые законодательные реалии // Государство и право. 2003. № 2. С. 61. Однако недопустимо, как это делает В. А. Лазарева, отождествлять обвинительную и исследовательскую функции, считая, что следователь не сочетает уголовное преследование с всесторонним и полным исследованием обстоятельств дела, а «полно, всесторонне и объективно исследуя обстоятельства дела... осуществлять уголовное преследование». См.: Предварительное расследование как форма уголовного преследования // Проблемы современного состояния и пути развития органов предварительного следствия. М., 2010. С. 219. Автор не учитывает, что объективное исследование обстоятельств дела может установить отсутствие оснований для уголовного преследования. В этом случае различие между двумя функциями становится особенно наглядным.
- 19 Такое предложение, связывая его с укреплением состязательности предварительного следствия, в последнее время, высказывают многие исследователи, среди которых А. В. Смирнов, С. Д. Шестакова, А. И. Макаркин, А. П. Гуськова, Ю. В. Деришев, Ю. И. Стецовский, И. Л. Петрухин, Э. Ф. Куцева и ряд других.