



СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

№ 2 • 2019

Свидетельство о регистрации

Роскомнадзор ПИ № ФС 77-56617 от 26.12.2013

Редакционный совет:

Д. В. Зотов,

кандидат юридических наук, доцент (отв. редактор)
(Воронежский гос. университет);

Ю. Н. Стариков,

доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

Г. В. Стародубова,

кандидат юридических наук, доцент (отв. секретарь)
(Воронежский гос. университет)

Редакционная коллегия:

В. А. Азаров, доктор юридических наук, профессор
(Омский гос. университет);

О. И. Андреева, доктор юридических наук, доцент
(Томский гос. университет);

М. Т. Аширбекова, доктор юридических наук, профессор
(Волгоградский гос. университет);

М. О. Баев, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

А. С. Барабаш, доктор юридических наук, профессор
(Сибирский федер. университет);

О. В. Баулин, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

П. Н. Бирюков, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

О. Л. Васильев, кандидат юридических наук, доцент
(Московский гос. университет имени М. В. Ломоносова);

А. С. Гамбарян, доктор юридических наук, профессор
(Российско-Армянский университет, Армения);

Л. В. Головкин, доктор юридических наук, профессор
(Московский гос. университет имени М. В. Ломоносова);

С. И. Давыдов, доктор юридических наук, доцент
(Алтайский гос. университет);

А. Ю. Епихин, доктор юридических наук, профессор
(Казанский (Приволжский) федер. университет);

Е. Р. Ергашев, доктор юридических наук, профессор
(Уральский гос. юрид. университет);

З. З. Зинатуллин, доктор юридических наук, профессор
(Удмуртский гос. университет);

Г. С. Казинян, доктор юридических наук, профессор
(Ереванский гос. университет, Армения);

А. П. Кругликов, кандидат юридических наук, профессор (Волгоградский гос. университет);

З. В. Макарова, доктор юридических наук, профессор (Южно-Уральский гос. университет);

О. А. Малышева, доктор юридических наук, профессор (Академия права и управления ФСИН);

Е. В. Марковичева, доктор юридических наук, профессор (Орловский гос. университет);

В. А. Мещеряков, доктор юридических наук, профессор (Воронежский гос. университет);

Н. Г. Муратова, доктор юридических наук, профессор (Казанский (Приволжский) федер. университет);

Е. И. Носырева, доктор юридических наук, профессор (Воронежский гос. университет);

А. В. Победкин, доктор юридических наук, профессор (Московский университет МВД России);

Т. Б. Рамазанов, доктор юридических наук, профессор (Дагестанский гос. университет);

О. С. Рогачева, доктор юридических наук, доцент (Воронежский гос. университет);

С. Б. Россинский, доктор юридических наук, доцент (Московский гос. юрид. университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА));

А. В. Руденко, доктор юридических наук, профессор (Кубанский гос. университет);

Т. К. Рябинина, кандидат юридических наук, профессор (Юго-Западный гос. университет);

М. К. Свиридов, доктор юридических наук, профессор (Томский гос. университет);

И. В. Смолькова, доктор юридических наук, профессор (Байкальский гос. университет);

В. В. Трухачев, доктор юридических наук, профессор (Воронежский гос. университет);

Ю. В. Францифоров, доктор юридических наук, профессор (Саратовская гос. юрид. академия);

О. Н. Шеменева, доктор юридических наук, доцент (Воронежский гос. университет);

В. Б. Ястребов, доктор юридических наук, профессор (Московский гос. университет имени М. В. Ломоносова)

Адрес редакции:

394018 Воронеж, пл. Ленина, 10а, к. 810

E-mail: sudvl@mail.ru

Сайт журнала:

www.law.vsu.ru/sudvl

Подписной индекс:

94235 Объединенного каталога «Пресса России»

Ведущий редактор издательской группы

Н. Н. Масленникова

Формат 70×108/16. Уч.-изд. л. 8,5. Усл. п. л. 8,6

Тираж 550 экз. Заказ 294

Дата выхода в свет 29.06.2019

Издательский дом ВГУ

394018 Воронеж, пл. Ленина, 10

Отпечатано в типографии Издательского дома ВГУ

394018 Воронеж, ул. Пушкинская, 3

© Воронежский государственный университет, 2019

© Оформление, оригинал-макет.

Издательский дом ВГУ, 2019



JUDICIAL AUTHORITY AND CRIMINAL PROCESS

SCIENTIFIC JOURNAL

№ 2 • 2019

Registration certificate ПИ № ФС 77-56617 от 26.12.2013

Editorial council:

D. V. Zotov,

candidate of legal sciences, associate professor, editor
(Voronezh State University);

Yu. N. Starilov,

doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

G. V. Starodubova,

candidate of legal sciences, associate professor,
executive secretary
(Voronezh State University)

Editorial board:

V. A. Azarov, doctor of legal sciences, professor
(Omsk State University);

O. I. Andreeva, doctor of legal sciences, professor
(Tomsk State University);

M. T. Ashirbekova, doctor of legal sciences, professor
(Vorlgoograd State University);

M. O. Baev, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

A. S. Barabash, doctor of legal sciences, professor
(Siberian Federal University);

O. V. Baulin, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

P. N. Biriukov, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

O. L. Vasilyev, candidate of legal sciences, associate professor
(Lomonosov Moscow State University);

A. S. Ghambaryan, doctor of legal sciences, professor
(Russian-Armenian University, Armenia);

L. V. Golovko, doctor of legal sciences, professor
(Lomonosov Moscow State University);

S. I. Davidov, doctor of legal sciences, professor
(Altai State University);

A. Yu. Epihin, doctor of legal sciences, professor
(Kazan Federal University);

E. R. Ergashev, doctor of legal sciences, professor
(Ural State Law University);

Z. Z. Zinatullin, doctor of legal sciences, professor
(Udmurt State University);

G. S. Kazinian, doctor of legal sciences, professor
(Yerevan State University, Armenia);

A. P. Kruglikov, candidate of legal sciences, professor (Volgograd State University);

Z. V. Makarova, doctor of legal sciences, professor (South Ural State University);

O. A. Malysheva, doctor of legal sciences, professor (Academy of law and management of the Federal service of execution of punishments);

E. V. Markovicheva, doctor of legal sciences, professor (Orel State University);

V. A. Meshcheryakov, doctor of legal sciences, professor (Voronezh State University);

N. G. Muratova, doctor of legal sciences, professor (Kazan Federal University);

E. I. Nosyreva, doctor of legal sciences, professor (Voronezh State University);

A. V. Pobedkin, doctor of legal sciences, professor (Moscow University of the Russian Ministry of Internal Affairs);

T. B. Ramazanov, doctor of legal sciences, professor (Dagestan State University);

O. S. Rogacheva, doctor of legal sciences, associate professor (Voronezh State University);

S. B. Rossinskiy, doctor of legal sciences, associate professor (Kutafin Moscow State Law University (MSAL));

A. V. Rudenko, doctor of legal sciences, professor (Kuban State University);

T. K. Ryabinina, candidate of legal sciences, professor (Southwest State University);

M. K. Sviridov, doctor of legal sciences, professor (Tomsk State University);

I. V. Smolkova, doctor of legal sciences, professor (Baikal State University);

V. V. Trukhachev, doctor of legal sciences, professor (Voronezh State University);

Yu. V. Franziforov, doctor of legal sciences, professor (Saratov State Law Academy);

O. N. Shemeneva, doctor of legal sciences, associate professor (Voronezh State University);

V. B. Yastrebov, doctor of legal sciences, professor (Lomonosov Moscow State University)

Editorial address:

394018 Russia, Voronezh,
Lenin Sq., 10a, r. 810
E-mail: sudvl@mail.ru

Official site:

www.law.vsu.ru/sudvl

© Voronezh State University, 2019

© Desin, original-model.

Publishing house of Voronezh State University, 2019

СОДЕРЖАНИЕ

7ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА	
	<i>Макарова З. В.</i> Форма уголовного процесса	7
	<i>Маслов А. Е.</i> Тайна предварительного расследования в нормах УПК РФ.....	24
	<i>Францифоров Ю. В., Исаев А. Э.</i> О субъектах безопасности в уголовном судопроизводстве	35
43 МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ	
	<i>Белкин А. Р.</i> Запрет определенных действий – хорошо ли он определен?.....	43
	ТЕОРИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ	
51 ДОКАЗАТЕЛЬСТВ	
	<i>Зотов Д. В.</i> Доказательственные фикции в уголовном процессе.....	51
62 СУДЕБНАЯ АДВОКАТУРА	
	<i>Баева Н. А.</i> Участие адвоката-защитника при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве.....	62
	МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ	
69УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА	
	<i>Бирюков П. Н.</i> О правовом положении потерпевшего в уголовном процессе Испании	69
	ВЗАИМОСВЯЗЬ УГОЛОВНОГО ПРАВА	
74И ПРОЦЕССА	
	<i>Авдеев М. А., Колмаков А. О.</i> Возбуждение суицидального поведения путем склонения к самоубийству в контексте проблемы «ассистированного самоубийства»	74
	<i>Белова Н. В., Белов А. В.</i> И вновь о формах соучастия в уголовном праве и проблемах доказывания в уголовном процессе.....	78
	ВОПРОСЫ ПРОКУРОРСКОГО НАДЗОРА	
83 И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС	
	<i>Бабаев С. Н.</i> Прокурор в досудебном производстве: реформа прошла, проблемы остались	83
98 ИСКУССТВО И ПРАВОСУДИЕ	
	<i>Зотов Д.</i> «Взвешенное» правосудие.....	98

CONTENTS

7GENERAL PROVISIONS OF CRIMINAL PROCESS	
	<i>Makarova Z. V.</i> Form of criminal process	7
	<i>Maslov A. E.</i> The secret of the preliminary investigation in the norms of the Code of Criminal Procedure	24
	<i>Frantsiforov Yu. V., Isayev A. E.</i> On the issue of security subjects in criminal proceedings	35
43PREVENTION	
	<i>Belkin A. R.</i> Prohibition of definite actions – is it well defined?.....	43
51THEORY OF CRIMINAL PROCEDURE EVIDENCE	
	<i>Zotov D. V.</i> The evidentiary fictions in criminal process	51
62 JUDICIAL LAWYER	
	<i>Baeva N. A.</i> The participation of defense counsel in the conclusion of a pre-trial agreement on cooperation	62
69INTERNATIONAL LEGAL ASPECTS OF THE CRIMINAL PROCESS	
	<i>Biriukov P. N.</i> On the legal status of the victim in the criminal process in Spain.....	69
74RELATIONSHIP OF CRIMINAL LAW AND PROCESS	
	<i>Avdeev M. A., Kolmakov A. O.</i> Initiation of suicidal behavior by inducing suicide in the context of the problem of «assisted self murder»	74
	<i>Belova N. V., Belov A. V.</i> And again about forms of complicity in criminal law and the problems of proof in criminal proceedings	78
 QUESTIONS OF THE PROSECUTOR'S SUPERVISION AND THE CRIMINAL PROCESS	
83	
	<i>Babaev S. N.</i> The public prosecutor in pre-judicial manufacture: reform has passed, problems remained	83
98ARTS AND JUSTICE	
	<i>Zotov D.</i> «Weighted» justice?.....	98

ФОРМА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА*

Статья посвящена вопросам определения формы уголовного процесса, что является одной из важнейших категорий уголовно-процессуальной науки.

К л ю ч е в ы е с л о в а: уголовный процесс, форма, содержание.

FORM OF CRIMINAL PROCESS

Article is devoted to questions of definition of a form of criminal proceedings that is one of the most important categories of criminal procedure science.

К e y w o r d s: criminal procedure, form, contents.

Поступила в редакцию 10 мая 2019 г.

В научной уголовно-процессуальной литературе нередко отождествляются понятия «тип» и «форма» уголовного процесса¹ и выделяются такие типы (формы) уголовного процесса, как: 1) обвинительный, розыскной (инквизиционный), состязательный и смешанный; 2) состязательный, инквизиционный (следственный), розыскной, ординарный и экстраординарный, смешанный (следственно-состязательный); 3) состязательный, следственный, смешанный (следственно-состязательный).

«Тип – форма, вид чего-нибудь, обладающие определенными признаками, а также образец, которому соответствует известная группа предметов явлений»². Этимологическое значение слова «вид» – подразделение в систематике, входящее в состав высшего раздела рода³, а слово «форма» – способ существования содержания, неотделимый от него и служащий его выражением⁴. Исходя из данных этимологических значений слов «тип», «вид», «форма», представляется, что понятие типа уголовного процесса ближе к понятию его вида. При этом форма как выражение содержания уголовного процесса влияет на определение типа (вида) уголовного процесса, например англосаксонский и континентальный типы (виды) уголовного процесса.

Содержание уголовного процесса, как и любого явления, неразрывно связано с его формой; более того, содержание всегда выражается в соответст-

* Статья представляет вариант соответствующей главы из монографии З. В. Макаровой «Уголовный процесс : сущность, содержание, форма» (М., 2019).

¹ См., например: *Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств / под ред. К. Ф. Гуценко. М., 2002. С. 4 ; *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса. СПб., 2000. С. 7.

² *Ожегов С. И.* Толковый словарь русского языка : 80 000 слов и фразеологических выражений. 4-е изд., доп. М., 2004. С. 796.

³ См.: Там же. С. 86.

⁴ См.: Там же. С. 853.

ющей форме. Содержание и форма находятся в единстве, сохраняя относительную самостоятельность, а вместе образуют явление при ведущей роли содержания, которое определяет форму.

Р. Иеринг утверждал, что «форма свободна, сущность необходима»⁵. Действительно, форма может быть различной, но она не должна противоречить сущности явления, ибо в этом случае мы получаем другое явление. Форма должна соответствовать сущности и содержанию явления и в полной мере выражать их. Поэтому при определении формы уголовного процесса следует исходить именно из способности формы отразить, воплотить его сущность и содержание.

В уголовном судопроизводстве содержание и форма обуславливают друг друга, и уголовный процесс как явление с его содержанием вне своей формы не существует. «Содержание и форма – философские категории, во взаимосвязи которых содержание, будучи определенной стороной целого, представляет единство всех составных элементов объекта, его свойств, внутренних процессов, связей, противоречий и тенденций, а форма есть способ существования и выражения содержания»⁶.

И. Кант под формой явления понимал то, благодаря чему многообразное в явлении может быть упорядочено определенным образом⁷. Слово «упорядочить» означает навести порядок в чем-нибудь⁸, а порядок – это правильное налаженное состояние, расположение чего-нибудь; последовательный ход чего-нибудь; правила, по которым совершается что-нибудь; существующее устройство, режим⁹.

Порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации устанавливается УПК РФ, основанном на Конституции РФ (ст. 1 УПК РФ). По мнению А. В. Смирнова и К. Б. Калиновского, порядок уголовного судопроизводства – это условия, процедуры и гарантии, регулирующие деятельность участников процесса¹⁰. Процедура представляет собой официальный порядок действий, выполнения, обсуждения чего-нибудь¹¹. Процедуры в уголовном судопроизводстве установлены в качестве официального порядка законом – законодательной властью государства. Следовательно, процедуры – это и есть порядок, а условия и гарантии отражены в правилах. Порядок уголовного судопроизводства – это правила, устройство уголовного процесса, предусмотренные уголовно-процессуальным законодательством, устанавливающие последовательность движения уголовного процесса, а также конкретных следственных и иных процессуальных действий и отражающие закономерность хода и исхода (завершения) всего производства по уголовному делу, т. е. внеш-

⁵ Иеринг Р. Цель в праве. СПб., 1881. С. 327.

⁶ Кураев В. И. Содержание и форма // Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 621.

⁷ См.: Кант И. Соч. : в 6 т. М., 1964. Т. 3. С. 129.

⁸ См.: Ожегов С. И. Указ. соч. С. 833.

⁹ См.: Там же. С. 565.

¹⁰ См.: Смирнов А. В., Калиновский К. Б. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). 5-е изд. / под ред. А. В. Смирнова. М., 2009. С. 15.

¹¹ См.: Ожегов С. И. Указ. соч. С. 625.

ная форма уголовного процесса. Устройство уголовного процесса представляет собой соотношение его двух частей – досудебного и судебного производства, которые подразделяются на стадии. Движение уголовного процесса осуществляется именно по его стадиям.

«...Ключевыми характеристиками всякого порядка являются: во-первых, подчиненность элементов системы определенным закономерностям; во-вторых, устойчивость структурных отношений в рамках системы; в-третьих, возможность воспроизводства необходимых связей, обеспечивающих нормальное функционирование системы в соответствии с ее предназначением»¹². Именно эти ключевые характеристики присущи порядку уголовного судопроизводства. Система уголовного процесса выступает как единая, внутренне организованная целостность и представляет собой последовательность его движения, закономерности развития, которые воплощаются в его стадиях, объединенные в досудебное производство и судебное производство.

Все стадии уголовного процесса как части целого неразрывно с ним связаны. Ведущая роль принадлежит целому. Части (стадии уголовного процесса) без целого (уголовного процесса) перестают быть ими. «Качественная специфика целого состоит в том, что оно не простая сумма частей, не внешняя их объединенность, а внутреннее взаимодействие и взаимопроникновение частей. ...Соотношение частей представляет собой существенное необходимое отношение, которое составляет основу функционирования целостности»¹³. В рамках системы уголовного судопроизводства существуют устойчивые структурные отношения между всеми участниками уголовного судопроизводства, выполняющими определенные уголовно-процессуальные функции. Необходимые связи между системными и структурными элементами уголовного процесса должны быть воспроизведены по каждому конкретному уголовному делу, что обеспечивает реализацию назначения уголовного судопроизводства (ст. 6 УПК РФ).

В современной философии форму явления понимают не только как определенным образом упорядоченную совокупность элементов и процессов, но и как внутреннюю организацию содержания явления¹⁴. Внутренняя организация структуры содержания уголовного судопроизводства (уголовно-процессуальные функции) урегулирована законом в форме правоотношений, которые и являются внутренней формой уголовного процесса.

В. Н. Шпилев полагает, что уголовно-процессуальные отношения представляют собой внутреннюю форму содержания уголовного процесса или иначе внутреннюю структуру, а внешняя форма уголовного судопроизводства – его порядок¹⁵. Мы согласны с данной точкой зрения за одним исключением, что структуру содержания уголовного процесса образуют уголовно-процес-

¹² Сауляк О. П. Парадигма правопорядка : современное прочтение // Правоведение. 2006. № 3. С. 173.

¹³ Туленов Ж. Т. Взаимосвязь категорий диалектики. М., 1986. С. 52.

¹⁴ См.: Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. М., 2001. С. 434.

¹⁵ См.: Шпилев В. Н. Сущность, содержание и форма советского уголовного судопроизводства : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1984. С. 35 ; *Его же*. Содержание и форма уголовного судопроизводства. Минск, 1974. С. 88–125.

суальные функции. А уголовный процесс по своему содержанию – это такое структурное образование уголовно-процессуальной деятельности, в котором элементы данной структуры (уголовно-процессуальные функции) взаимодействуют друг с другом через уголовно-процессуальные правоотношения.

Структура уголовно-процессуальной деятельности в виде уголовно-процессуальных функций – это «статическое представление процесса»¹⁶, уголовно-процессуальной деятельности (уголовного судопроизводства). Данная структура существует, так сказать, не в чистом виде – статике, а в развитии, движении уголовно-процессуальных функций, в их взаимодействии и взаимосвязи друг с другом посредством уголовно-процессуальных правоотношений, т. е. в форме данных правоотношений.

В понятии правоотношений Л. С. Явич подчеркивает связь и взаимодействие участвующих в них лиц: «...Правоотношения – это разновидность общественных отношений, которые по своей форме выступают в качестве индивидуально-определенной связи управомоченных и обязанных лиц, а по непосредственному содержанию оказываются взаимодействием этих лиц, реализующих свои субъективные права и выполняющих возложенные на них обязанности»¹⁷. Таким образом, уголовно-процессуальные правоотношения являются формой взаимосвязи, взаимодействия и взаимообусловленности уголовно-процессуальных функций (структурных элементов уголовно-процессуальной деятельности), их реализации, т. е. внутренней формой уголовного процесса. Однако необходимо иметь в виду следующее. Уголовно-процессуальная деятельность может осуществляться и вне уголовно-процессуальных правоотношений. Так, составление процессуальных решений в ходе производства по уголовному делу не требует наличия уголовно-процессуальных правоотношений. Здесь имеет место уголовно-процессуальная деятельность в форме предусмотренных законом документов, материалов уголовного дела, которые составлены в порядке, установленном законом, что также является способом выражения содержания уголовного процесса, т. е. его внешней формой.

Уголовно-процессуальные правоотношения, в свою очередь, имеют собственное содержание и форму. В. П. Божьев под содержанием уголовно-процессуальных правоотношений понимает действия, реальное поведение субъектов правоотношений, а под формой – права (правомочия) и обязанности¹⁸. По мнению А. В. Полякова, содержанием правоотношения является поведение участников правоотношения, а его правовой формой – форма субъективных прав и правовых обязанностей¹⁹.

Полагаем, что содержанием уголовно-процессуальных правоотношений следует считать деятельность (поведение, действия) их участников, выполняющих свои уголовно-процессуальные функции. А форма данных правоотношений – это порядок осуществления участниками правоотношений своих прав и обязанностей, предусмотренных законом.

¹⁶ Щедровицкий Г. П. Избранные труды. М., 1995. С. 258.

¹⁷ Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 212.

¹⁸ См.: Божьев В. П. Уголовно-процессуальные правоотношения. М., 1975. С. 142–144.

¹⁹ См.: Поляков А. В. Общая теория права : учебник. СПб., 2004. С. 774–775.

Итак, уголовно-процессуальные правоотношения, являясь внутренней формой уголовного процесса, обеспечивают взаимосвязь и взаимодействие структурных элементов содержания уголовного процесса (уголовно-процессуальных функций). Внешняя форма уголовного процесса – порядок производства по уголовным делам. Структура содержания уголовного процесса (уголовно-процессуальные функции) получает свой «отпечаток» (по Г. П. Щедровицкому²⁰) при реализации данной деятельности посредством уголовно-процессуальных правоотношений и порядка уголовного судопроизводства, установленного УПК РФ. Так какую же внешнюю форму имеет российский уголовный процесс? Состязательную? Следственную? Смешанную?

Исследователи англосаксонской модели уголовного судопроизводства часто подчеркивают, что для состязательного процесса характерным является стремление к «доказанности», а не к «истине», и для нее безразличны публичные интересы и достижение истины во что бы то ни стало, которое является характерным для государств континентальной Европы²¹. Возникает вопрос: а для доказанности чего существует состязательный уголовный процесс? Понятно, что стороны состязаются в том, чтобы доказать свою позицию по делу. Но во имя чего? Во имя победы во что бы то ни стало над процессуальным противником или во имя истины, справедливости?

Н. А. Колоколов пишет: «Анализ зарубежного опыта показывает, что состязательность – это не борьба и даже не противостояние, а в первую очередь форма сотрудничества сторон, именно поэтому, например в Канаде, подсудимые в 98 % случаев признают вину»²². Из такого суждения следует, что «сотрудничество сторон» – это не что иное, как содействие тому, чтобы подсудимый признавал себя виновным, а действительно ли он совершил преступление или нет, для сторон и суда не имеет значения. Поэтому некоторые адвокаты считают своей задачей «уговорить» обвиняемого признать себя виновным, а не защищать его. Тем самым они сотрудничают с обвинением и судом, но не выполняют своего специального назначения: устанавливать только обстоятельства, оправдывающие обвиняемого или смягчающие его ответственность, не выполняют главную нравственно-правовую заповедь адвоката – «не навреди».

Мы тоже *недалеко* ушли от Канады. У нас тоже большинство уголовных дел рассматриваются в особом порядке, где не исследуются и не проверяются доказательства виновности подсудимого, где не действует принцип презумпции невиновности, где нет непосредственного исследования судом доказательств, непрерывности, гласности и ... состязательности.

«Состязательное построение уголовного процесса и означает такое распределение функций, прав и обязанностей между различными субъектами уголовного судопроизводства, которое обеспечивает полное, всестороннее и объективное выявление и исследование материалов обвинения и защиты, по-

²⁰ См.: Щедровицкий Г. П. Указ. соч. С. 259.

²¹ См.: Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А. Указ. соч. С. 45.

²² Колоколов Н. А. Обвинение и защита : баланс интересов // Теория уголовного процесса : состязательность / под ред. Н. А. Колоколова. М., 2013. Ч. 1. С. 101.

знание истины...»²³. Для того чтобы судебное разбирательство было подлинно состязательным, необходима не только активность сторон, но и их равноправие перед судом (ч. 4 ст. 15 УПК РФ). Суд ни одной из сторон не может отдавать предпочтение; он создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав (ч. 3 ст. 15 УПК РФ).

Однако активность сторон не должна исключать активности суда в исследовании доказательств по уголовному делу, так как суд принимает окончательное решение по делу. И если суд считает, что сторонами не установлены обстоятельства, подлежащие доказыванию (ст. 73 УПК РФ), он не может «остаться в стороне», а в приговоре отразить только свое мнение по поводу мнения обвинителя и мнения защитника в прениях сторон. А у некоторых защитников по два мнения при использовании так называемой открытой альтернативы в защитительной речи.

Суд при своем пассивном участии, нередко вообще неучастии в судебном разбирательстве не может нести ответственность за незаконное, необоснованное, несправедливое разрешение уголовного дела: он же только создавал условия для активной деятельности сторон, которые проявляли свою активность (если они ее вообще проявляли) лишь в пользу своих процессуальных позиций. Может, тогда на них и возложить ответственность за неправосудный приговор? Однако такая ответственность немыслима, ибо решение принимает только суд и никто иной, и за свое решение он несет полную ответственность как государственный орган. Поэтому на него, как и на другие государственные органы – участников уголовного процесса, должна быть возложена обязанность всестороннего полного и объективного исследования обстоятельств уголовного дела. Но данная обязанность не снимает со сторон обвинения и защиты обязанности также быть активными в исследовании обстоятельств дела, ибо без их активной деятельности невозможно осуществление ими своих уголовно-процессуальных функций, т. е. своих профессиональных обязанностей.

Согласно ст. 118 Конституции РФ суд осуществляет государственную функцию – правосудие, которая в уголовном судопроизводстве реализуется в виде уголовно-процессуальной функции рассмотрения и разрешения уголовного дела. Разрешить уголовное дело суд может только после исследования всех обстоятельств, имеющих значение для разрешения уголовного дела, а именно: постановлением законного, обоснованного и справедливого приговора (ч. 1 ст. 297 УПК РФ). Если суд удовлетворяется только мнениями, действиями прокурора и защитника, т. е. тем, какие доказательства они представят, как они их оценят, то следует возложить определенные обязанности по доказыванию не только на прокурора (ч. 2 ст. 14 УПК РФ), но и на защитника. Однако на сторону защиты невозможно возлагать обязанности по собиранию доказательств, ибо защита не имеет механизма, подобного государственному, по розыску и обнаружению доказательств. У защитника есть одна обязанность, которая была установлена в ст. 51 УПК РСФСР: защитник обязан использовать все указанные

²³ Элькин П. С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л., 1976. С. 53.

в законе средства и способы защиты в целях выявления обстоятельств, оправдывающих подозреваемого или обвиняемого, смягчающих их ответственность, оказывать им необходимую юридическую помощь. Исполнение данной обязанности делает защитника активным участником уголовного процесса, в том числе и судебного разбирательства. Однако даже данное обстоятельство не означало и не означает отрицания активности суда в судебном заседании.

А. С. Барабаш и А. А. Давлетов полагают: «...Российская национальная ментальность исторически обуславливает смешанный тип уголовного процесса. Однако теперь традиционная форма должна наполняться качественно новым содержанием, а именно в досудебном производстве необходимо обеспечить задачу не только эффективного расследования преступлений, но и охраны прав и свобод его участников, а в судебных стадиях создать действенный правовой механизм реального равноправия сторон и объективного разрешения их противоборства»²⁴. Следовательно, А. С. Барабаш и А. А. Давлетов считают, что состязательное судебное разбирательство должно не объективно разрешить уголовное дело, а объективно разрешить противоборство сторон: кто кого? Прокурор победит защитника или наоборот. Тем самым суд ориентируется на мнения сторон, а не на достижение цели уголовного процесса – установление истины, что логически вытекает из пассивного положения суда в ходе судебного разбирательства согласно действующему УПК РФ.

А нужна ли активность суда в состязательном судебном разбирательстве? М. Т. Аширбекова правильно отмечает, что активность суда – проявление публично-правового характера деятельности суда²⁵. Суд является органом одной из ветвей государственной власти – судебной, который выносит приговор от имени государства, поэтому суд не может довольствоваться только тем, чье мнение из сторон ему представилось более правильным. Суд должен самостоятельно, наряду со сторонами исследовать все имеющие значение по делу обстоятельства и самостоятельно принимать решение: выносить приговор от имени государства. В этом заключается ответственность суда перед гражданами, обществом и государством.

Ориентируясь на определенную форму уголовного процесса, конечно, следует иметь в виду и сложившуюся в течение длительного времени практику по уголовным делам, многолетнюю практику существования в России смешанной (следственно-состязательной) формы уголовного процесса, которая, бесспорно, не может быть застывшей и которая должна совершенствоваться с тем, чтобы более полно и правильно выражать и реализовывать сущность уголовного процесса.

Состязательная уголовно-процессуальная деятельность сторон является важным способом, средством искания и достижения истины в уголовном процессе. Способы, средства, методы осуществления уголовно-процессуальной деятельности закреплены в порядке (правилах) данной деятельности, т. е. в ее внешней форме.

²⁴ Барабаш А. С., Давлетов А. А. Менталитет в уголовное судопроизводство // Правоведение. 2006. № 2. С. 105–106.

²⁵ См.: Аширбекова М. Т. Принцип публичности в судебном производстве по уголовным делам. Волгоград, 2006. С. 113.

Состязательность как элемент смешанной (следственно-состязательной) формы российского уголовного процесса свое полное выражение находит в стадии судебного разбирательства – главной, решающей, единственной стадии уголовного процесса, где разрешается уголовное дело по существу: признание лица, привлеченного к уголовной ответственности, виновным либо невиновным в совершении преступления и применение уголовного наказания к лицу, признанного виновным. Поэтому состязательность является как формой уголовного процесса, так и его принципом, под которым понимают закрепленные законом, основные, исходные положения, выражающие сущность уголовного процесса. К таким положениям относятся не только сущностные положения содержания уголовного процесса, но и его форма, ибо наряду с содержанием уголовного процесса средства и способы реализации данного содержания, внешне выраженные в порядке уголовного судопроизводства, позволяют достичь цели уголовного процесса – истины.

Некоторые авторы предлагают различать объективно истинный тип процесса и состязательный тип, в котором состязательность самодостаточна и который отрицает объективную истину, поскольку все решается самим состязанием сторон²⁶. Объективно-истинный уголовный процесс – это тип (вид) процесса по его содержанию, ибо цель – достижение истины (объективной) характеризует уголовно-процессуальную деятельность. А состязательность есть внешнее выражение уголовного процесса (его форма), которая получает свое полное осуществление в судебном разбирательстве.

А. Ф. Кистяковский писал: «Так как уголовный суд есть главное орудие защиты права, то очевидно, что процессуальные обряды устанавливаются для двух целей, т. е. для защиты нарушенного права, вследствие чего общество наказывает виновного; и для защиты права, которое имеет обвиняемый и которое состоит в том, чтобы не быть наказанным без вины или сверх справедливой меры, превышающей его вину. ...Отсюда рождается величайшая трудность при издании правил уголовного процесса, т. е. трудность примирить защиту права обвиняемого с защитой права общества»²⁷. Представляется, что для разрешения данной трудности необходима не только состязательность сторон обвинения и защиты, но и состязательность доказательств, обстоятельств уголовного дела, так как только постоянное взвешивание «pro и contra» (за и против) подозреваемого, обвиняемого позволяет установить истину. Вот поэтому в УПК РФ следует вернуть ст. 20 УПК РСФСР с дополнением, а именно: суд, прокурор, следователь, дознаватель обязан принять все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, выявить как уличающие, так и оправдывающие подозреваемого, обвиняемого, а также смягчающие подозреваемого и отягчающие его ответственность обстоятельства, и принять установленные законом меры для обеспечения всех прав, свобод и законных интересов потерпевшего, включая полное возмещение причиненного ему преступлением вреда. Установление

²⁶ См.: Печников Г. А., Блинков А. П., Волколупов В. Г. Объективно-истинный и состязательный уголовный процесс // Вестник Волгоградской академии МВД России. 2013. № 1 (24). С. 97.

²⁷ Кистяковский А. Ф. Общая часть уголовного судопроизводства. Киев, 2005. С. 27.

такой обязанности в законе не только «уравновесит» стороны обвинения и защиты, но и обеспечит восстановление справедливости в отношении потерпевшего, о чем нередко забывают на практике.

А. А. Козявин полагает, что смешанная (публично-состязательная) форма уголовного процесса, предусмотренная действующим УПК РФ, не создает и не должна создавать в силу системной разности целей сторон реального фактического равенства процессуальных функций обвинения и защиты, тем более в условиях закрытого предварительного расследования²⁸. Действительно, реального фактического равенства обвинения и защиты в предварительном расследовании быть не может, так как:

1) далеко не всегда функция защиты возникает одновременно с возникновением уголовного преследования;

2) подозреваемый, обвиняемый и его защитник не обладают властными полномочиями, не могут направлять ход расследования (хотя и могут влиять на него), не принимают процессуальных решений, не располагают материальными и техническими возможностями для производства расследования. Даже при тех привилегиях, которые установлены законом (презумпция невиновности, право подозреваемого, обвиняемого, а не обязанность давать показания, возложение бремени доказывания на сторону обвинения и др.), сторона защиты не становится фактически равной со стороной обвинения, да и не может быть она такой с мощной государственной машиной, которую представляет следствие. А вот установление в законе процессуальных гарантий стороне защиты, ограничений по использованию властных полномочий государственных органов, ведущих предварительное расследование, способно в какой-то степени нивелировать фактическое неравенство стороны защиты со стороной обвинения.

Следует особо отметить, что публичное начало²⁹ для российского уголовного процесса является первичным, ибо уголовно-процессуальная деятельность носит публично-правовой характер и как содержание уголовного процесса определяет его форму. По мнению А. С. Барабаш, развитие уголовного процесса привело к тому, что состязательность и публичность стали элементами одной формы, но в зависимости от исторических и культурных традиций в различных странах преобладает то или другое начало³⁰.

А. В. Смирнов предлагает также публично-состязательную (постсостязательную, сверхсостязательную) модель уголовного процесса, которую определяет как юридическую форму общественного дискурса с целью решения вопроса об уголовной ответственности³¹. Но вряд ли возможно на основе общественных рассуждений, т. е. высказываний, умозаключений (даже в юридической форме) решать по существу такой важный вопрос, как вопрос о вино-

²⁸ См.: Козявин А. А. Социальное назначение и функции уголовного судопроизводства. М., 2010. С. 25.

²⁹ Более подробно о публичном начале российского уголовного процесса см.: Барабаш А. С. Публичное начало российского уголовного процесса. СПб., 2009.

³⁰ См.: Барабаш А. С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. СПб., 2005. С. 69.

³¹ См.: Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. СПб., 2000. С. 49.

вности либо невиновности лица, привлеченного к уголовной ответственности. Форма формой, а (по Р. Иерингу) сущность всегда необходима в любой форме. К тому же в уголовном процессе все рассуждения должны быть обоснованными, опираться на доказательства, собранные и исследованные в соответствии с законом. Здесь вряд ли уместен общественный дискурс.

А. В. Смирнов отождествляет модель и форму³², что представляется неправильным. *Modele (фр.)* – образ, прообраз, а моделирование – воспроизведение характеристик некоторого объекта на другом объекте, специально созданном для их изучения³³. Иными словами, модель – это не сам объект, явление, а некое представление о нем, которое может быть проверено на другом объекте, явлении путем моделирования. Форма же есть способ существования явления, его внутренняя организация, его внешнее выражение, т. е. то, что уже существует, сама действительность, а не ее образ. «Модель – система представлений о сущностных признаках явления. Именно представлений»³⁴. Представления же могут соответствовать действительности (объективной), а могут и не соответствовать. При установлении в законе формы уголовного процесса следует исходить не из представлений и мнений, а познания самой сущности явления – уголовного процесса, которая заключается в установлении уголовно-правового отношения: имело ли оно место в действительности, на основании чего виновный привлекается к уголовной ответственности и осуждается, а невиновный не должен быть привлеченным к уголовной ответственности и тем более осужден.

В уголовном процессе рассматриваются и разрешаются уголовные дела – дела об *общественно* опасных деяниях, т. е. деяниях, которые представляют опасность для всего общества, даже если вред причинен конкретному человеку или его интересам. Однако в защите их интересов, охраняемых законом, заинтересовано общество, как и в защите охраняемых законом своих интересов и интересов государства. Уголовный процесс нельзя сводить к состязанию частных (личных) интересов обвиняемого и потерпевшего, их сотрудничеству и договоренностям, ибо это может привести к тому, что и в случае умышленного убийства вопросы о возбуждении или невозбуждении, прекращении или не прекращении уголовного дела будут решать лица, признанные потерпевшими, по договоренности с обвиняемым. К сожалению, тенденция к этому наблюдается в последнее время. И уголовно-процессуальное право, и уголовное право являются отраслями публичного права: речь идет об *общественно* опасных деяниях, от которых государство обязано защищать граждан, общество и охраняемые законом интересы самого государства. Поэтому публичность является одним из главных принципов российского уголовного процесса. Частные интересы – интересы отдельных лиц в виде их прав и свобод, а также общественные интересы через институты гражданского общества обеспечиваются, охраняются государством – публичной властью.

³² См.: Смирнов А. В. Указ. соч. С. 7.

³³ См.: Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. М., 2001. С. 289.

³⁴ Брестер А. А. О понятии «модель уголовного процесса» // Правоведение. 2010. № 5. С. 217.

Гражданское общество – это «объединение членов в качестве самостоятельных в формальной, таким образом, всеобщности на основе их потребностей и через правовое устройство в качестве средства безопасности лиц и собственности и через внешний порядок для их особенных и общих интересов; и это внешнее государство... возвращается и концентрируется в цели и действительности субстанциального всеобщего и посвященной ему публичной жизни, – в государственном устройстве»³⁵. Публичность в уголовном процессе означает деятельность государственных органов по защите как отдельных членов гражданского общества, так и гражданского общества в целом, которые несут ответственность за данную деятельность и которая на них возложена «правовым устройством» – нормами права. Гражданское общество, если можно так выразиться, при всей его «всеобщности» не может защитить ни частные, ни общественные интересы без определенного устройства, а именно: государственного устройства, властных органов государства, которые обязаны, образно говоря, гарантировать «мир и благоденствие» гражданского общества и его отдельных членов.

Традиционно в теории уголовного процесса принцип публичности понимается как принцип официальности (*ex officio* – по обязанности, по должности, по долгу службы). Однако в русском языке слова «публичность» и «официальность» имеют различное этимологическое значение. Публичный – 1) осуществляемый в присутствии публики, открытый; 2) общественный, не частный (устаревшее)³⁶. Официальный – 1) правительственный, должностной; 2) соблюдающий все правила, формальности³⁷. То же значение публичности мы находим и у В. И. Даля³⁸. Следовательно, под публичностью надо понимать гласность, открытость, тем более что понятие публичного как общественного устарело. Таким же образом публичность понимается и в международно-правовых актах. А. В. Смирнов определяет публичность так: «Публичность в современном уголовном процессе начинает восприниматься как социальная открытость судопроизводства, как дискурсивная способность последнего отчетливо слышать голоса всех, а не только сильнейших своих участников... Публичность это еще и стремление к аксиологической, ценностной истине, справедливости»³⁹. Тем не менее в юридической литературе по-прежнему под публичностью понимают, по существу, официальность, т. е. обязанность государственных органов и должностных лиц действовать (в уголовном процессе – возбуждать, расследовать, рассматривать и разрешать уголовные дела) от имени государства.

Публичность и состязательность – это не элементы одной формы. Публичность является содержанием уголовного процесса, так как она предполагает обязанность государственных органов совершать предусмотренные законом действия. Более того, государственные органы – участники уголовного про-

³⁵ Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. М., 1990. С. 208.

³⁶ См.: Ожегов С. И. *Указ. соч.* С. 629.

³⁷ См.: Там же. С. 483.

³⁸ См.: Даль В. И. *Толковый словарь русского языка*. Современная версия. М., 2001. С. 546.

³⁹ Смирнов А. В. *Состязательный процесс*. СПб., 2001. С. 68.

цесса несут ответственность за ход и исход производства по уголовному делу. Таким образом, публичность (официальность) характеризует уголовно-процессуальную деятельность (содержание уголовного процесса) в отличие от состязательности, которая является способом существования уголовного процесса, т. е. внешней формой его содержания, в том числе и его публичности (официальности).

Состязательность необходима не ради самой состязательности, а для того, чтобы *разобраться* в уголовном деле. Поэтому главная стадия уголовного процесса называется судебное *разбирательство*, т. е. рассмотрение, разбор, обсуждение материалов уголовного дела и представленных доказательств с разных сторон, иногда прямо противоположных (обвинения и защиты) для того, чтобы достичь общей цели уголовного процесса – установления истины. Если цель уголовного процесса – установление истины, то без состязания, спора сторон достичь данной цели будет весьма затруднительно и даже иногда невозможно. Поэтому значение состязательной формы в уголовном процессе трудно переоценить. Всем известно крылатое выражение: «В споре рождается истина». Спор – словесное состязание, обсуждение чего-нибудь, в котором каждый отстаивает свое мнение; разногласие, разрешаемое судом⁴⁰. У В. И. Даля «спорить» означает против кого, о чем – не соглашаться, опровергать, оспаривать, быть противного или иного мнения, доказывать свое, прекословить⁴¹. Для юриста самое важное в понятиях «спор», «спорить» – отстаивание своего мнения путем доказывания, обоснования. Именно такой спор двух спорящих, состязающихся сторон в уголовном процессе (обвинения и защиты) возможен и обязателен при состязательной форме производства по уголовному делу. Однако состязательность требуется не только сторонам обвинения и защиты, но и гражданскому обществу, которое должно контролировать деятельность государства, не допускать нарушения или ущемления «особенных и общих» (по Г. В. Ф. Гегелю) интересов. Состязательность тем более нужна государственным органам, которые несут ответственность за правовое обеспечение достижения цели уголовного процесса – установления истины, в чем заинтересованы и отдельные граждане, и гражданское общество, и само государство, которому необходимы мир и порядок.

Во взаимодействии уголовно-процессуальных функций главная и решающая роль принадлежит функции рассмотрения и разрешения уголовного дела, которую осуществляет суд, ибо только он вправе и обязан вынести окончательное решение по делу, разрешить спор (состязание) между сторонами обвинения и защиты. В ч. 1 ст. 15 УПК РФ предусмотрено, что уголовное судопроизводство осуществляется на основе состязательности, а под уголовным судопроизводством согласно п. 56 ст. 5 УПК РФ понимается уголовный процесс в целом (досудебное и судебное производство по уголовному делу). Возникает вопрос: а имеет ли место состязательность в досудебном производстве?

Состязательность предполагает не только отделение функций обвинения, защиты и разрешения уголовного дела, но и равноправие сторон обвинения и

⁴⁰ См.: Ожегов С. И. Указ. соч. С. 755.

⁴¹ См.: Даль В. И. Указ. соч. С. 617.

защиты перед судом (ч. 2, 4 ст. 15 УПК РФ) или другим органом – арбитром в споре двух сторон. Если досудебное и судебное производство осуществляются в состязательной форме, то почему законодатель не установил равноправия сторон обвинения и защиты в предварительном расследовании? И перед кем они должны быть равноправны?

Следователь, дознаватель не выполняют функции разрешения уголовного дела. Их специальное назначение и роль заключается именно только в предварительном расследовании. Собираение доказательств по уголовному делу всегда было, есть и будет нелегким процессом, требующим применения не только следственных действий, но и оперативно-розыскных, технических мероприятий, слаженного механизма взаимодействия следователя с оперативниками. Такие действия невозможны в судебном разбирательстве, поэтому и существует досудебное производство, в котором осуществляется уголовное преследование, являющееся обязанностью государства; от имени государства прокурор, следователь, дознаватель выполняют данную обязанность (ст. 21 УПК РФ), но каждый в пределах своего специального назначения и роли в уголовном процессе.

В состязательном процессе всегда должен быть арбитр, который решает, позиция какой стороны в споре была доказательней, убедительней, более обоснованной или позиции обеих сторон, по мнению арбитра, не соответствуют вышеуказанным требованиям. Прокурор, следователь, дознаватель не выступают в такой роли. Они – участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения (глава 6 УПК РФ), вследствие чего являются обвинителями, и сторона защиты «состязается» с ними – теми, кто принимает решения по делу. В такой ситуации ни о каком равенстве сторон обвинения и защиты не может быть речи, так как сторона защиты не вправе принимать решения по уголовному делу. Для того чтобы уравновесить правовые возможности сторон, необходимо возложение обязанности всестороннего, полного и объективного исследования всех обстоятельств уголовного дела на государственные органы, в том числе и на суд, который разрешает дело по существу и несет за это ответственность.

Н. А. Колоколов считает, что судья бесконечно не может, да и не должен отвечать за ошибки прокурора и защитника; как показывает практика, указанные субъекты по-прежнему не работают⁴². Во-первых, если защитник и прокурор не работают в судебном разбирательстве, допускают ошибки и т. п., судья вправе вынести частное определение (ч. 4 ст. 29 УПК РФ) в адрес соответствующей адвокатской палаты или прокуратуры. Во-вторых, недоработки сторон обвинения и защиты суд по действующему УПК РФ не вправе устранять своим участием в собирании и исследовании доказательств. Ему отведена пассивная роль. Как поется в одной популярной песне: «Я его (в нашем случае приговор) слепила из того, что было, а потом, что было, то и полюбила». В-третьих, если сторону защиты представляет сам подсудимый (он на это имеет право – ч. 3 ст. 47 УПК РФ), на него при всем желании нельзя возложить ответственность за недоработки и ошибки в защите.

⁴² См.: Теория уголовного процесса : состязательность / под ред. Н. А. Колоколова, М., 2013. Ч. 1. С. 89.

Теперь обратимся к вопросу о введении следственного судьи (судебного следователя). Согласно ч. 2 ст. 1 УПК РФ порядок уголовного *судопроизводства*, под которым понимается досудебное и судебное производство (п. 56 ст. 6 УПК РФ), определяется УПК РФ, т. е. УПК РФ определяет порядок всего уголовного процесса, а не только судебного производства. Исходя из этого, судебная власть, осуществляемая согласно ч. 2 ст. 118 Конституции РФ посредством уголовного *судопроизводства*, вправе заняться и досудебным производством – предварительным расследованием. Однако органы предварительного расследования являются органами исполнительной власти, а не судебной, которая осуществляет правосудие (ч. 1 ст. 118 УПК РФ), но не предварительное расследование. В случае введения в УПК РФ такого участника, как следственный судья (судебный следователь), исполнительная и судебная ветви государственной власти будут осуществляться одним и тем же государственным органом – судом. Тогда из Конституции РФ следует убрать ст. 10 (разделение властей). Не слишком ли дорогая цена за введение в УПК фигуры судебного следователя (следственного судьи)?

Несмотря на появление все больше состязательных начал в досудебном производстве⁴³, по сути, оно продолжает оставаться следственным, а весь уголовный процесс – следственно-состязательным (смешанным).

Итак, российский уголовный процесс имеет внутреннюю форму – уголовно-процессуальные правоотношения и внешнюю форму – порядок уголовного судопроизводства, предусмотренный УПК РФ. По своему виду или типу, как называют разновидности уголовного процесса некоторые авторы, российский уголовный процесс относится к континентальному типу (виду) уголовного процесса, а по внешней форме является следственно-состязательным, в котором большую воспитательную роль играет порядок судебного разбирательства, судебная процедура.

Согласно ст. 243 УПК РСФСР председательствующий в судебном заседании обеспечивал воспитательное воздействие судебного процесса. В УПК РФ такой нормы нет. Однако и в настоящее время судебные заседания проводятся в условиях гласности, с освещением судебного разбирательства во многих средствах массовой информации, поэтому поведение, внешний вид, манеры, обращение судьи с другими участниками судебного процесса оказывают положительное либо отрицательное воздействие как на самих участников судебного заседания, так и на присутствующих в зале судебного заседания и тех, кто слышит и видит происходящее в суде по трансляции открытого судебного заседания или получает сообщения о происходящем в суде в различных средствах массовой информации.

Processus legis est gravis vexatio, execution legis coronat opus – судебная процедура есть большое испытание, исполнение закона венчает дело. В судебной процедуре важное значение имеет внешний вид – облик производства по уголовному делу, иными словами, эстетическая культура судебного процесса как один из элементов судебной культуры наряду с нравственной, правовой

⁴³ См., например: Макаркин А. И. Состязательность на предварительном следствии. СПб., 2004. С. 70–150.

и политической культурой⁴⁴. Эстетическая культура уголовно-процессуальной деятельности – это помещение, где осуществляется данная деятельность, одежда, внешний вид профессиональных участников уголовного процесса, правила и манеры поведения, формы обращений и приветствий. Особую роль в эстетической культуре производства по уголовному делу играет этикет, который «есть просто знание приличий, умение держать себя в обществе так, чтобы заслужить всеобщее одобрение и никаким своим действием не оскорбить людской слабости»⁴⁵. Судебный этикет (этикет профессиональных участников уголовного процесса) представляет собой часть внешней формы уголовного процесса и выражается в следовании правилам приличия, соответствующих определенной ситуации, манерах поведения, формах обращений друг с другом и иными участниками уголовного судопроизводства. Нельзя смотреть на судебный этикет как лишнее препятствие в работе, лишнюю трату времени. Важнейшее значение судебный этикет приобретает в судебном разбирательстве уголовного дела, так как он придает судебному процессу торжественность, повышает авторитет суда, правосудия, производит положительное впечатление на публику, а следовательно, оказывает на нее определенное воспитательное воздействие. Если гражданин, присутствующий в зале судебного заседания, плохо знает законы, недостаточно юридически грамотный, а поэтому не всегда может правильно судить о правовой стороне рассматриваемого дела, то о культуре поведения, общении судьи, прокурора и адвоката в любом случае может дать правильную оценку.

Правила этикета настолько важны при рассмотрении дела, что законодатель придал некоторым из них силу закона: при входе судей все присутствующие в зале судебного заседания встают; все участники судебного разбирательства обращаются к суду, дают показания и делают заявления стоя; отступление от этого правила может быть допущено с разрешения председательствующего; участники судебного разбирательства, а также иные лица, присутствующие в зале судебного заседания, обращаются к суду со словами «Уважаемый суд», а к судье – «Ваша честь» (ч. 1–3 ст. 257 УПК РФ); все присутствующие в зале судебного заседания, включая состав суда, выслушивают приговор стоя (ч. 1 ст. 310 УПК РФ).

Поведение профессиональных участников в уголовном процессе должно быть таким, чтобы оно внушало уважение не только к ним лично, но и ко всей правоохранительной системе, суду, правосудию. Неподобающее поведение судьи, прокурора, адвоката, следователя приводит к негативной реакции не только на их решение, позиции, но и на то, что они делают, говорят. Вежливый, тактичный, корректный судья (прокурор, адвокат, следователь) внушает доверие и уважение, поэтому его мысли, суждения, выводы представляются более убедительными и справедливыми. Значение судебного этикета заключается в том, что он не столько учит граждан правилам поведения, сколько демонстрирует уважение достоинства, прав и свобод человека и гражданина, гуманность

⁴⁴ Об этом подробнее см.: Макарова З. В. Культура судебного процесса : учеб. пособие. Челябинск, 2000.

⁴⁵ Светский человек, изучивший свод законов общественных и светских приличий. Л., 1991. С. 7.

и справедливость законов, суда и правосудия. В судебном процессе тон в поведении задает суд и в первую очередь председательствующий по делу. Судебное заседание – не театральное представление, но его наглядность, яркость помогают лучше разобраться в деле, а следовательно, сам судебный процесс становится понятнее, доступнее.

К внешнему облику правосудия относится и провозглашение приговора, который все присутствующие в зале заседания, включая состав суда, выслушивают стоя (ч. 1 ст. 310 УПК РФ). Решения по гражданским делам объявляются (ст. 193 ГПК РФ), определения по уголовным делам оглашаются (ч. 1 ст. 256 УПК РФ) и только один процессуальный документ – приговор *провозглашается*, т. е. торжественно объявляется, произносится⁴⁶. Уже одно это свидетельствует о значимости приговора, который должен быть доступным пониманию всем, убедительным и оказывать воспитательное воздействие не только своим содержанием и формой, но и манерой его провозглашения. Приговор должен провозглашаться торжественно, строго, громко, четко, с хорошей дикцией, чтобы каждое слово было понятно и слышно всей аудитории. В п. 15 ч. 2 ст. 259 УПК РФ следует слова «сведения об оглашении приговора» заменить словами «сведения о провозглашении приговора».

Внешний облик судебного процесса зависит, главным образом, от судьи (председательствующего по делу), поэтому поведение, внешний вид, манеры судьи должны соответствовать той высокой миссии, которую он выполняет. Ему следует быть скромным, вежливым, внимательным, тактичным, ровным в обращении со всеми; он обязан внушать уважение к себе со стороны всех участников процесса и всех присутствующих в зале судебного заседания. Именно по облику и манерам судьи у людей складывается определенное впечатление о суде и правосудии. Манеры прокурора и адвоката в первую очередь должны подчеркивать их уважение к суду – органу правосудия. Им обязательно необходимо исполнять требование закона об обращении к суду стоя (ч. 2 ст. 257 УПК РФ). Особые требования предъявляются к поведению прокуроров, которые иногда ведут себя так, что у непрофессиональных участников процесса и присутствующих в зале судебного заседания складывается впечатление: «главнее всех» прокурор, чем нарушаются не только требования судебного этикета, но и закона. Уважительное отношение прокурора и адвоката к суду дисциплинирует иных участников процесса, публику и способствует воспитанию уважения к судебной власти и правосудию. О важности соблюдения судебного этикета А. Ф. Кони писал: «Можно также настойчиво желать, чтобы в выполнении форм и обрядов, которыми сопровождается правосудие, вносился вкус, чувство меры и такт, ибо суд есть не только судилище, но и школа. Здесь этические требования сливаются с эстетическими, оправдывая свою внутреннюю связь, подмеченную мыслителями»⁴⁷.

Иными словами, нравственная культура уголовного процесса (судебная этика) неразрывно связана с эстетической культурой (судебным этикетом), который является частью внешней формы производства по уголовным делам,

⁴⁶ См.: Ожегов С. И. Указ. соч. С. 605.

⁴⁷ Кони А. Ф. Собр. соч. : в 8 т. М., 1967. Т. 4. С. 56.

содействует реализации сущности уголовного процесса, его правовому, нравственному и социальному назначению.

Итак, форма уголовного процесса может быть разной, но она *justitia debet esse libera, quia nihit iniquius venali justitia; plena, quia iustitia non debet clandestinare; et celeris, quia delatio est quaedam negation (лат.)* – правосудие должно быть свободным, ибо нет ничего более несправедливого, чем продажное правосудие; полным, ибо правосудие не должно останавливаться на полпути; скорым, ибо промедление есть вид отказа.

Южно-Уральский государственный университет (г. Челябинск)

Макарова З. В., доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист РФ, ведущий эксперт кафедры современных
образовательных технологий

South Ural State University

Makarova Z. V., Doctor of Legal Sciences, Professor

E-mail: sudvl@mail.ru

ТАЙНА ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ В НОРМАХ УПК РФ

Дается понятие тайны предварительного расследования, обосновываются предложения по совершенствованию и законодательному закреплению института тайны предварительного расследования в уголовно-процессуальном законодательстве.

К л ю ч е в ы е с л о в а: следователь, прокурор, разглашение, тайна предварительного расследования, сведения, составляющие тайну предварительного расследования, закрытое судебное разбирательство.

THE SECRET OF THE PRELIMINARY INVESTIGATION IN THE NORMS OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE

The article gives the concept of the secrecy of the preliminary investigation, substantiates proposals for the improvement and legislative consolidation of the Institute of the secrecy of the preliminary investigation in the criminal procedure legislation.

К e y w o r d s: investigator, Prosecutor, disclosure, secrecy of the preliminary investigation, information constituting the secret of the preliminary investigation, closed trial.

Поступила в редакцию 18 апреля 2019 г.

Следователь – это мозг следственно-оперативной группы, направляющий и координирующий действия других сотрудников. Благодаря его работе доказывается вина преступника либо невиновность подозреваемого.

Интересы правосудия при расследовании и судебном разбирательстве уголовных дел требуют сохранения в тайне определенной конфиденциальной информации, полученной в ходе расследования.

Недопустимость разглашения данных предварительного расследования концептуально определена законодателем в ч. 1 ст. 161 УПК РФ: «Данные предварительного расследования не подлежат разглашению...». Необоснованное предание огласке данных предварительного расследования серьезно осложняет производство по уголовному делу влечет нарушение прав и законных интересов граждан, интересов правосудия, может повлечь утрату доказательств, добытых по делу, нарушить права и интересы участников уголовного процесса.

Наиболее эффективным средством преодоления противодействия расследованию является институт тайны предварительного расследования.

Под тайной предварительного расследования понимается охраняемая уголовно-процессуальным и уголовным законом информация (сведения), отражающие интересы расследования по уголовному делу, конфиденциальность которых определяется следователем (дознавателем) либо прокурором и за-

щищается в целях устранения реальной или потенциальной опасности причинения ущерба указанным интересам.

Средства обеспечения тайны предварительного расследования, которые должны, по нашему мнению, быть урегулированы в уголовно-процессуальном законе, можно подразделить на три группы.

В первую группу входят уголовно-процессуальные нормы, определяющие понятие тайны предварительного расследования и относимость тех или иных сведений к указанной тайне.

Вторую группу образуют нормы, направленные на защиту от незаконных попыток заинтересованных субъектов получить указанную информацию.

Третью группу образуют нормы, которые имеют своей целью недопущение разглашения тайны предварительного расследования субъектами, которым эта тайна доверена на законных основаниях.

Касаясь характеристики уголовно-процессуальных норм, определяющих понятие тайны предварительного расследования, отметим, что законодатель неоправданно мало внимания уделяет как относимости тех или иных сведений к тайне предварительного расследования, так и уголовно-процессуальным средствам ее защиты. В связи с этим, прежде всего, необходимо ответить на вопрос: целесообразно ли установление в уголовно-процессуальном законе исчерпывающего перечня сведений, составляющих тайну предварительного расследования? Представляется, что ответ должен быть отрицательным. Обусловлено это следующими обстоятельствами.

Сведения, составляющие тайну предварительного расследования, весьма многообразны и относятся к различным областям следственной деятельности. Относимость большинства сведений об указанной деятельности к следственной тайне определяется управомоченными на это должностными лицами – работниками правоохранительных органов. Чрезвычайно объемное и жесткое законодательное закрепление тех или иных сведений в качестве тайных приведет, по нашему мнению, к неоправданной секретности предварительного расследования в целом. Представляется, в уголовно-процессуальном законе необходимо дать понятие тайны предварительного расследования и указать те сведения, которые не могут входить в содержание тайны предварительного расследования. Законодательное же урегулирование отдельных сведений, составляющих следственную тайну, и мер их защиты целесообразно лишь в тех случаях, когда речь идет о наиболее важных и распространенных сведениях.

Указанный подход критически воспринимается некоторыми авторами. В частности, по мнению И. Л. Петрухина, перечень обстоятельств, составляющих тайну следствия и судопроизводства, был определен в ст. 18 УПК РСФСР 1960 г. (ст. 241 УПК РФ), устанавливающей основания проведения закрытых судебных разбирательств¹. Напомним, что закрытое судебное разбирательство имеет место быть в тех случаях, когда это противоречит интересам охраны государственной и иной охраняемой федеральным законом тайны (врачебной, банковской, коммерческой); по делам о преступлениях лиц, не достигших 16-летнего возраста; по делам о половых преступлениях, а также по другим делам в

¹ См.: Петрухин И. Л. Теоретические проблемы эффективности правосудия по уголовным делам : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1977. С. 205.

целях предотвращения разглашения сведений об интимных сторонах жизни участников. И. Л. Петрухин полагал, что этот перечень следует распространить на предварительное следствие, а не разрешать следователю или прокурору по своему усмотрению определять содержание следственной тайны.

По нашему мнению, указанная точка зрения является спорной. Помимо ст. 241 УПК РФ, в уголовно-процессуальном законе содержится и ряд иных норм, направленных на защиту этих тайн. Так, в соответствии со ст. 12, 13 УПК РФ гражданам гарантируется неприкосновенность жилища, охрана личной жизни и тайна переписки. Не входит в содержание тайны предварительного расследования и государственная тайна, указание на которую также содержится в ст. 241 УПК РФ.

Что касается собственно тайны предварительного расследования (т. е. сведений конфиденциального характера, отражающего важные интересы расследования и правосудия), то она в указанной статье УПК отражения не получила. На наш взгляд, это является пробелом закона. В некоторых случаях интересы охраны тайны предварительного расследования и правосудия обуславливают необходимость проведения определенных стадий судебного разбирательства в закрытом режиме.

В качестве защитной меры закрытое судебное разбирательство используется в Германии, Италии, ряде других стран. Согласно толкованию международных норм справедливости судебного разбирательства Европейской комиссией и Судом по правам человека закрытое слушание признается допустимым для защиты свидетелей, испытывающих большой страх.

Подробнейшим образом регламентированы условия и процедура проведения закрытого судебного разбирательства Римским статутот Международного уголовного суда².

В п. 7 ст. 67 установлено: «Судебное разбирательство является открытым. Однако Судебная палата может установить, что особые обстоятельства требуют того, чтобы некоторые заседания проводились в закрытом заседании для целей, предусмотренных в статье 68, или в интересах защиты конфиденциальной или чувствительной информации, которая должна быть представлена в качестве доказательства»³. В ст. 68 заявлено, что «...палаты Суда могут для защиты потерпевших и свидетелей или обвиняемого провести любую часть разбирательства *in camera*⁴ или разрешить представить доказательства с помощью электронных или иных специальных средств... когда раскрытие доказательств или информации в соответствии с настоящим Статутом может повлечь за собой серьезную угрозу для безопасности любого свидетеля или членов его семьи».

Статья 72 Статута особо регламентирует меры, обеспечивающие защиту информации, затрагивающей национальную безопасность.

Кроме этого, проведение отдельных частей судебного разбирательства в «закрытом режиме» обосновано и в случаях, когда суду для установления

² О подписании Статута Российской Федерацией : распоряжение Правительства РФ от 8 сентября 2000 г. № 394-рп // Дипломатический вестник. 2000. № 10.

³ URL: <http://docs.cntd.ru/document/901750575> (дата обращения: 12.04.2019).

⁴ *in camera* (лат.) 1) в конфиденциальном порядке, при закрытых дверях, секретно; 2) в закрытом судебном заседании // Новый большой англо-русский словарь / под ред. Ю. Д. Апресяна. М., 2005.

истины по делу необходимо выяснить содержание и формы взаимодействия следователя с работниками оперативных подразделений; допросить работников правоохранительных органов, осуществлявших в ходе расследования оперативно-розыскную деятельность, об обстоятельствах их деятельности, не являющихся государственной тайной, но носящих конфиденциальный характер, и т. д. Использование в указанных целях закрытых судебных заседаний практикуется в некоторых зарубежных странах. Так, правосудие в Англии осуществляется в открытом судебном процессе, однако по соображениям национальной безопасности или другим причинам суды могут проводить закрытые слушания или иным образом ограничивать раскрытие (обнародование) такого рода информации.

В связи с этим вполне обосновано дополнение в ст. 241 УПК РФ, внесенное законодателем, предусматривающее возможность проведения части судебного разбирательства в закрытой форме, если этого требуют интересы тайны предварительного расследования. Компромиссом можно рассматривать новеллу, сформулированную Федеральным законом от 7 июля 2003 г. № 111-ФЗ (ч. 4 ст. 241 УПК РФ): «4) если этого требуют интересы обеспечения безопасности участников судебного разбирательства, их близких родственников, родственников или близких лиц».

Законодательство некоторых европейских стран устанавливает уголовную ответственность не только за разглашение сведений, которые стали известными тому или иному лицу в ходе закрытого судебного разбирательства, но и за сам факт публичного сообщения о закрытом судебном разбирательстве, проведение которого является закрытым. Например, параграф 353d УК ФРГ наказывает подобные деяния лишением свободы на срок до 1 года. В этом же параграфе установлена ответственность за неправомерное разглашение сведений, если они стали известны тому или иному лицу в ходе закрытого судебного заседания или из служебного документа относящегося к делу, а также за публичное разглашение дословного текста обвинительного заключения до оглашения в публичном разбирательстве⁵.

В уголовно-процессуальном законодательстве нецелесообразно указывать полный (весьма объемный) перечень сведений, которые могут быть отнесены к следственной тайне, но необходимо указать наиболее важные из них. Естественно, что в таком случае относимость определенных сведений к следственной тайне будет носить императивный характер и не будет зависеть от усмотрения следователя, лица, производящего дознание, и прокурора.

К сведениям такого рода должна относиться информация о личности участников расследования. Дискуссионным остается вопрос о введении в уголовно-процессуальный закон нормы, в соответствии с которой в материалах дела, в частности в постановлении о создании следственно-оперативной группы, могут не указываться фамилии и другие идентифицирующие признаки работников оперативных подразделений, входящих в группу. Сведения об указанных лицах предлагается хранить в отдельном приложении к уголовному делу (в ст. 163 УПК РФ такого положения нет).

⁵ УК ФРГ. М., 2000.

Полагаем, что сведения о личности работника правоохранительного органа, а именно его фамилия и имя, принадлежность к тому или иному подразделению, не могут быть тайной, если они участвуют в проведении следственных и процессуальных действий, например допросах свидетелей, потерпевших, подозреваемых и обвиняемых. Проведение следственных и процессуальных действий неким «анонимом», на наш взгляд, недопустимо, поскольку нарушает право того или иного участника уголовного процесса обжаловать незаконные действия данного лица. По сути, проведение анонимного следствия приведет к возвращению инквизиционного процесса, когда подозреваемый либо обвиняемый часто не знал имен и должностного положения лиц, добивающихся от него признания.

Что касается оперативно-розыскных мероприятий, то согласно Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» указанная деятельность основывается как на конституционных принципах законности, уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, так и на принципах конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств.

В уголовно-процессуальном законе должны быть закреплены и нормы, в соответствии с которыми к тайне предварительного расследования могут быть отнесены и сведения о личности участников уголовного процесса, не являющихся работниками правоохранительных органов. Думается, в Уголовно-процессуальном кодексе должна быть помещена общая норма следующего содержания:

«Следователю, дознавателю, прокурору, иным работникам правоохранительных органов, а также суду запрещено разглашать сведения о мерах безопасности, предпринятых в отношении участников уголовного процесса, а также иные сведения, распространение которых может нанести ущерб безопасности указанных участников. В случае нарушения данного положения работники правоохранительных органов и суда несут ответственность в порядке, предусмотренном законом по ст. 311 УК РФ».

Выскажем соображения по поводу уголовно-процессуальных норм, направленных на защиту сведений, составляющих тайну предварительного расследования при противодействии со стороны заинтересованных субъектов.

На протяжении последних лет в литературе неоднократно высказывалось предложение о возможности при наличии угрозы безопасности свидетелям, потерпевшим указывать их анкетные данные в отдельном приложении к делу, допуск к которому должны иметь, помимо следователя, прокурор и судья. Данное предложение воспринято Уголовно-процессуальным кодексом РФ 2001 г. Судья является тем субъектом, который без ограничения должен иметь доступ к анкетным данным всех свидетелей и потерпевших. Ограничение такого доступа для обвиняемого и его защитника в подавляющем большинстве случаев не лишает их возможности проверить в ходе судебного разбирательства достоверность сообщаемой таким свидетелем либо потерпевшим информации. Лишь в редких случаях для установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания, имеет значение местожительство потерпевшего, свидетеля, их «анкетные данные». Как правило, сведения, которые сообщают свидетели и потерпевшие, строго «не привязаны» к обстоятельствам исследуемого в су-

дебном заседании события. Если же преступление было совершено по месту жительства потерпевшего, которое, естественно, известно лицу, совершившему преступление, следователю нет нужды прибегать к его засекречиванию.

По нашему мнению, предложение об обеспечении безопасности потерпевших и свидетелей путем хранения сведений об их личности в отдельном приложении к уголовному делу, доступ к которому не имеют обвиняемые и их защитники, не противоречит и международной практике уголовного судопроизводства. Так, Конгресс США отклонил предложение дополнить Федеральные правила уголовного судопроизводства нормой, предусматривающей обмен сторонами за три дня до рассмотрения дела в суде именами и адресами своих свидетелей. Мотивом принятия такого решения явилась глубокая озабоченность по поводу того, чтобы на свидетелей не оказывали давление с целью повлиять на их показания, заставить отказаться от дачи показаний⁶.

Нормы, закрепляющие возможность хранения сведений о личности потерпевших и свидетелей в отдельном приложении к материалам уголовного дела помещены в главу УПК РФ, касающуюся предварительного расследования (ст. 166 «Протокол следственного действия»). Статья дополнена ч. 9 следующего содержания: «При необходимости обеспечить безопасность потерпевшего, его представителя, свидетеля, их близких родственников, родственников и близких лиц следователь вправе в протоколе следственного действия, в котором участвуют потерпевший, его представитель или свидетель, не приводить данные об их личности. В этом случае следователь с согласия руководителя следственного органа выносит постановление, в котором излагаются причины принятия решения о сохранении в тайне этих данных, указывается псевдоним участника следственного действия и приводится образец его подписи, которые он будет использовать в протоколах следственных действий, произведенных с его участием. Постановление помещается в конверт, который после этого опечатывается и приобщается к уголовному делу». В указанную норму 2 декабря 2008 г. внесено дополнение: «В случаях, не терпящих отлагательства, указанное следственное действие может быть произведено на основании постановления следователя о сохранении в тайне данных о личности участника следственного действия без получения согласия руководителя следственного органа. В данном случае постановление следователя передается руководителю следственного органа для проверки его законности и обоснованности незамедлительно при появлении для этого реальной возможности».

Мы поддерживаем точку зрения ряда авторов о необходимости закрепления положения, согласно которому в обвинительном заключении следователь (дознаватель) и прокурор не должны приводить анализ доказательств, подтверждающих данное обвинение. В качестве дополнительной аргументации можно сослаться на международный опыт. Европейский суд по правам человека занимает позицию, суть которой заключается в том, что хотя обвинение может предоставлять защитнику в разумных пределах доступ к своим документам, оно не обязано уведомлять его обо всех доказательствах, которые

⁶ См. об этом: Уайнреб Л. Отказ в правосудии : уголовный процесс в США : пер. с англ. М., 1985. С. 188.

намерено предоставить суду. Это положение включено в правило № 33. (Открытый характер документов.) «Публичный доступ к документам или к их части может быть ограничен по соображениям морали, общественного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних или для защиты частной жизни сторон, или в той мере, в какой это, по мнению Председателя Палаты, строго необходимо при особых обстоятельствах, когда гласность нарушала бы интересы правосудия»⁷.

С учетом изложенного из ст. 220 УПК РФ (п. 8 ч. 1) необходимо исключить указание о том, что в обвинительном заключении должны излагаться сведения о потерпевшем.

Отдельную группу, как отмечалось ранее, составляют уголовно-процессуальные средства, имеющие своей целью недопущение разглашения тайны предварительного расследования субъектами, которым эта тайна доверена на законных основаниях.

Рассмотрение вопроса следует начать с характеристики субъектного состава носителей и распорядителей следственной тайной. В УПК РФ данные средства в основном закреплены в ст. 161, которая именуется: «Недопустимость разглашения данных предварительного расследования».

Часть 1 указанной статьи гласит, что данные предварительного расследования не подлежат разглашению, за исключением случаев, предусмотренных ч. 3 настоящей статьи.

Согласно ч. 2 данной нормы в необходимых случаях следователь или дознаватель предупреждает участников уголовного судопроизводства о недопустимости разглашения без соответствующего разрешения, ставших им известными данных предварительного расследования. От указанных лиц отбирается подписка с предупреждением об ответственности по ст. 310 УК РФ.

С некоторых пор, а точнее с 5 июня 2007 г., прокурор исключен из субъектов распорядителей допуска к ознакомлению со следственной тайной.

Сведения, составляющие тайну предварительного расследования, как правило, имеют статус тайны лишь на определенных этапах процессуальной деятельности. Соответственно, субъекты засекречивания данных предварительного расследования объективно определились исходя из установленной УПК РФ логики возбуждения и реализации уголовного дела.

Исключение прокурора из числа субъектов, осуществляющих предварительное расследование, законодателем оформлено посредством такого приема законодательной техники, как исключение из текста ряда статей уголовно-процессуального закона слова «прокурор», что соответственно предполагает прекращение выполнения им той или иной задачи или функции, в том числе и на предварительном следствии.

Таким же образом внесены изменения и в ст. 161 УПК РФ, которая выступает в качестве правовой основы процессуального закрепления института след-

⁷ Регламент Европейского суда по правам человека (в буквальном переводе с оригинала «Правила Суда»). URL: <https://roseurosud.org/podacha-zhalob-v-espch/reglament-evropejskogo-suda-po-pravam-cheloveka> (дата обращения: 14.04.2019).

ственной тайны, а именно «неразглашения данных предварительного расследования».

В указанной статье на основании Закона от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О Прокуратуре Российской Федерации»⁸ «прокурор» исключен из числа лиц, которые вправе решать вопрос о том, могут ли быть преданы гласности данные предварительного расследования, в каком объеме они могут быть преданы гласности, будет ли это противоречить интересам предварительного расследования, повлечет ли такое разглашение нарушение прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства.

Казалось бы, такое исключение прокурора из числа субъектов, осуществляющих полномочия по сохранению следственной тайны предварительного расследования, в силу общей тенденции в рамках «нового платья прокурора» – логично. Однако действительно ли прокурор ушел из предварительного расследования, меняется ли его роль в обеспечении сохранности сведений, составляющих тайну предварительного расследования? Представляется, что это не так.

В соответствии с ч. 1 ст. 37 УПК РФ прокурор сохранил от имени государства функцию осуществления уголовного преследования в ходе уголовного судопроизводства и функцию надзора за процессуальной деятельностью как органов дознания, так и органов предварительного следствия. Соответственно, полномочия прокурора по отношению к дознанию вообще не претерпели изменений. Что касается предварительного следствия, то прокурор – также его субъект, но со стадии утверждения обвинительного заключения (п. 14 ч. 2 ст. 37 УПК РФ), и если дело не возвращается следователю с письменными указаниями о производстве предварительного расследования или пересоставления обвинительного заключения, то дальнейший ход дела, его направление в суд определяется прокурором. Соответственно, весь объем информации, в том числе и следственной тайны, зависит от процессуальных решений прокурора.

Исключение прокурора из числа субъектов, обеспечивающих сохранность следственной тайны посредством изъятия из нормы УПК указания на «прокурора» в тексте ст. 161 УПК РФ, юридически «оформляет» его непричастность к этой важной функции на предварительном следствии. Ибо именно в этой норме имело место статутное закрепление непосредственных субъектов обеспечения следственной тайны. В других нормах УПК РФ, в части полномочий прокурора по обеспечению тайны предварительного расследования (неразглашения данных предварительного расследования) соответствующего нормативного закрепления не предусмотрено.

В свете изменений в УПК РФ полномочия прокурора по разрешению судьбы уголовного дела, поступившего к нему с обвинительным заключением, существенных изменений не претерпели (глава 31 УПК РФ). По завершению предварительного расследования следователь направляет дело с обвини-

⁸ О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О Прокуратуре Российской Федерации»: федер. закон от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007. № 24. Ст. 2830.

тельным заключением прокурору. В течение 10 суток в соответствии со ст. 291 УПК РФ по делу принимается соответствующее решение. Весь этот период как дело, так и обвиняемый «числятся» за прокурором.

Только прокурор (и никто другой) в этот период является ответственным за судьбу дела и весь объем информации, в том числе секретной, составляющей следственную тайну. Прокурор и никто другой на этом этапе решает вопросы о мерах безопасности, принятых в отношении участников уголовного судопроизводства. Только прокурор в этот период вправе принимать решения по реализации положений, закрепленных в ч. 3 ст. 161 УПК РФ, а именно решить вопрос о предании гласности или о сохранении в тайне данных предварительного расследования.

Таким образом, полагаем, что исключение из числа субъектов уполномоченного в соответствии со ст. 161 УПК РФ разрешать вопросы доступа к тайне предварительного расследования прокурора по конкретному делу ошибочно и не соответствует его фактическому процессуальному статусу.

На последующих стадиях «ответственным» за обеспечение следственной тайны, в необходимых случаях, является суд, процессуальные полномочия которого определены в целом ряде статей УПК РФ (ст. 11, п. 4 (п. 7) ч. 2 ст. 241, ч. 5 ст. 278 и т. п.).

С появлением фактически новой фигуры – руководителя следственного органа, которого законодатель наделил значительной частью прежних функций прокурора по руководству предварительным следствием, его роль в обеспечении сохранности данных предварительного расследования не определена. По крайней мере, ни непосредственного, ни опосредованного закрепления в УПК РФ, в том числе в ст. 39, 161 УПК РФ, не произошло. Такое положение не является оптимальным.

Полагаем целесообразным включить прокурора в число субъектов обеспечения тайны предварительного расследования, восстановив прежнюю редакцию ч. 2 и 3 ст. 161 УПК РФ и ст. 310 УК РФ.

По нашему мнению, ст. 161 УПК РФ нуждается в существенной корректировке.

В уголовно-процессуальной литературе высказывались предложения об уточнении заглавия ст. 161 УПК РФ.

Предпочтительной представляется точка зрения, высказанная И. И. Мартинович⁹. Термин «разглашение» обычно обозначает несанкционированное, неразрешенное предание огласке каких-либо конфиденциальных сведений. Поэтому нелогично именовать указанную норму как «условия разглашения данных предварительного следствия», поскольку в ней речь идет о возможности предания огласке данных предварительного следствия лишь с разрешения следователя либо прокурора.

Вместе с тем полагаем, что и наименование данной нормы должно включать в себя указание на необходимость защиты тайны предварительного расследования. Именно цель защиты названной тайны является в данном случае приоритетной. Предание гласности данных следствия лишь с разрешения

⁹ См.: *Мартинович И. И.* Гласность в советском уголовном судопроизводстве. Минск, 1968. С. 50.

следователя, отображение подписки с предупреждением об ответственности по ст. 310 УК РФ являются лишь средствами достижения указанной цели. Поэтому предпочтительней было бы именовать данную норму как «недопустимость разглашения тайны предварительного расследования».

Часть 3 ст. 161 УПК РФ содержит, на наш взгляд, необоснованное указание на то, что все данные предварительного следствия могут быть преданы гласности лишь с разрешения следователя и дознавателя. Некоторые авторы считают, что необходимо еще более ужесточить запрет predания гласности данных предварительного расследования, необходимо, чтобы сообщения журналистов, основанные на информации об уголовном деле, готовились ими только с письменного согласия следователя, в производстве которого находится уголовное дело. В связи с этим следует внести дополнения в ст. 161 УПК РФ, заменив фразу «с разрешения следователя» на фразу «с разрешения следователя, изложенного в письменной форме».

Как позитивную тенденцию в плане защиты следственной тайны и тайны судопроизводства можно отметить и включение в Уголовно-процессуальный кодекс положения об электронном процессуальном документе, где специально заявлены особые требования к защите тайны при использовании цифровых технологий: «...судебное решение, за исключением решения, содержащего сведения, составляющие охраняемую федеральным законом тайну, затрагивающие безопасность государства, права и законные интересы несовершеннолетних, решения по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности, может быть изготовлено в форме электронного документа...». Речь идет о ст. 474.1 «Порядок использования электронных документов в уголовном судопроизводстве» (введена Федеральным законом от 23.06.2016 № 220-ФЗ).

Подводя итог анализу уголовно-процессуальных норм, направленных на охрану тайны предварительного расследования, сформулируем предложения по совершенствованию уголовно-процессуального закона.

1. Целесообразно ввести в уголовно-процессуальный закон норму, в соответствии с которой в материалах дела, в частности в постановлении о создании следственно-оперативной группы, могут не указываться фамилии и другие идентифицирующие признаки работников оперативных подразделений, входящих в группу, а сведения об указанных лицах должны храниться в отдельном приложении к делу. Доступ к указанному приложению должны иметь следователь, прокурор, осуществляющий надзор за расследованием, и судья, рассматривающий дело.

2. В разделе 2 Уголовно-процессуального кодекса, посвященном участникам процесса, их правам и обязанностям, должна быть помещена общая норма о том, что следователю (дознавателю), прокурору, иным работникам правоохранительных органов, а также суду запрещено разглашать сведения о мерах безопасности, предпринятые в отношении участников уголовного процесса, а также иные сведения, распространение которых может нанести ущерб безопасности указанных участников. В случае нарушения данного положения работники правоохранительных органов и суда несут ответственность в порядке, предусмотренном законом, по ст. 311 УК РФ.

3. Главу 21 «Общие условия производства предварительного расследования» УПК РФ целесообразно дополнить нормой следующего содержания: «Следователь обязан предоставить материалы уголовного дела, находящегося в его производстве, прокурору, осуществляющему надзор за расследованием уголовного дела, начальнику следственного отдела (управления) и судье, осуществляющему судебный контроль. Материалы уголовного дела предоставляются следователем указанным лицам по их распоряжению. Вышестоящие прокуроры или начальники следственных подразделений получают материалы уголовных дел, расследование по которым не закончено, по их письменному распоряжению через нижестоящих прокуроров и начальников».

Указанная глава должна быть также дополнена положением, согласно которому при производстве следственного действия запрещено присутствие посторонних, в том числе работников правоохранительных органов, не являющихся непосредственными участниками расследования либо не осуществляющих их охрану.

Следует изменить ст. 220 УПК РФ, исключив из нее указание о том, что в обвинительном заключении должны излагаться сведения о потерпевшем.

Воронежский государственный университет

Маслов А. Е., кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовного права

Voronezh State University

Maslov A. E., Candidate of Legal Sciences,
Associate Professor of the Criminal Law Department
E-mail: maslovalevg@yandex.ru

О СУБЪЕКТАХ БЕЗОПАСНОСТИ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Статья посвящена субъектам безопасности в сфере уголовного судопроизводства и вопросам их классификации. Рассматриваются некоторые пробелы в правовом статусе субъектов безопасности и возможные изменения в законодательстве в этом направлении.

К л ю ч е в ы е с л о в а: безопасность, уголовно-процессуальная безопасность, субъекты безопасности, классификация субъектов безопасности.

ON THE ISSUE OF SECURITY SUBJECTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

The article is devoted to the subjects of security in the sphere of criminal proceedings and their classification. Some gaps in the legal status of security subjects and possible changes in the legislation in this direction are considered.

К е у w o r d s: security, criminal procedure, security, security objects, classification of subjects of security.

Явление безопасности, выступающее предметом широких научных дискуссий представителей различных отраслей знания, определяет одно из важных направлений исследования в области уголовного судопроизводства. Особенно актуальным становится осмысление сложного феномена безопасности в уголовно-процессуальной сфере, одним из элементов которого являются субъекты, связанные с обеспечением безопасности.

Главным субъектом обеспечения безопасности граждан в сфере уголовного судопроизводства является государство в лице прокурора, судьи, следователя, органа дознания и дознавателя, которые обязаны защищать права и законные интересы лиц, потерпевших от преступления, а также осуществлять защиту личности от незаконного и необоснованного уголовного преследования, поскольку человек, его права и свободы являются высшей социальной ценностью, а их защита – прямая обязанность государства, обусловленная гарантиями национальной безопасности прав граждан¹.

Таким образом, к субъектам безопасности относятся все лица и органы, связанные с обеспечением безопасности в уголовном процессе.

При этом любые участники уголовного судопроизводства, в том числе граждане, вовлеченные в сферу уголовного процесса, а также участники процесса, наделенные властными полномочиями (следователь, дознаватель, прокурор, суд), могут одновременно выступать и как объекты безопасности, и как субъекты правоотношений в области обеспечения безопасности.

¹ См.: Францифоров Ю. В. Неприкосновенность личности в уголовном судопроизводстве как гарантия стратегии национальной безопасности // Правовая парадигма. 2018. Т. 17, № 2. С. 10.

Субъектами безопасности в уголовном судопроизводстве выступают, прежде всего, его участники.

Что касается участников уголовного процесса, то следует согласиться с О. А. Зайцевым, отмечающим тождественность в науке уголовно-процессуального права таких понятий, как «субъекты уголовно-процессуальной деятельности», «участники уголовного судопроизводства», «субъекты процессуальных отношений», «участвующие в деле лица» и просто «участники процесса»².

К участникам уголовного процесса относятся все участвующие в деле лица, в связи с тем что каждый из них выполняет определенные функции, имеет процессуальные права и соответствующие процессуальные обязанности³.

Как отмечает большинство авторов, именно наличие процессуальных прав и обязанностей у определенных лиц позволяет объединить их под одним понятием «участники уголовного процесса», несмотря на то что объем и содержание данных им прав и обязанностей может быть разным⁴.

Перечисленные выше высказывания известных исследователей вполне соотносятся с позицией законодателя, указывающего в п. 58 ст. 5 УПК РФ, что участниками уголовного судопроизводства являются лица, принимающие участие в уголовном процессе.

В юридической литературе существуют различные классификации субъектов безопасности в сфере уголовного судопроизводства; их разделяют по таким основаниям, как выполняемые функции, юридические интересы, роль и назначение, цели процессуальной и иной деятельности того или иного участника судопроизводства⁵.

Обобщая представленные основания классификации субъектов безопасности, можно сказать, что они осуществлены в контексте реализации права.

На наш взгляд, имеет значение классификация субъектов, осуществляемая именно в связи с вопросами безопасности в уголовном процессе.

Представляется необходимым учитывать, что сам феномен безопасности в сфере уголовного судопроизводства проявляется в процессе не только правореализации, но и правотворчества. Следовательно, нельзя забывать и, тем более, игнорировать соответствующие государственные органы, создающие право и закладывающие основы в уголовном судопроизводстве.

Исходя из того, в каком процессе, связанном с вопросами безопасности, принимают участие те или иные субъекты права – процессе правотворчества или правореализации – их можно разделить на две большие группы.

В первой группе будут находиться органы государственной власти, осуществляющие правотворчество по вопросам безопасности в области уголовного процесса.

² Зайцев О. А. Государственная защита участников уголовного процесса. М., 2002. С. 15.

³ См.: Элькин П. С. Уголовный процесс. М., 1972. С. 97–98.

⁴ См.: Рахунов Р. Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. М., 1961. С. 9–23; Шпилев В. Н. Участники уголовного процесса. Минск, 1970. С. 5–14; Элькин П. С. Указ. соч.; Божьев В. П. Уголовно-процессуальные отношения. М., 1975. С. 169–172.

⁵ См.: Новикова М. В. Обеспечение безопасности участников уголовного судопроизводства как гарантия осуществления правосудия в современных условиях: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 166.

Во второй – абсолютно все индивиды, так или иначе задействованные в реализации права, регулирующего вопросы безопасности, т. е. участники уголовного процесса (а также иные лица, участвующие в уголовном судопроизводстве, но не получившие процессуального статуса), связанные с обеспечением безопасности.

Вторую группу можно разделить на следующие подгруппы:

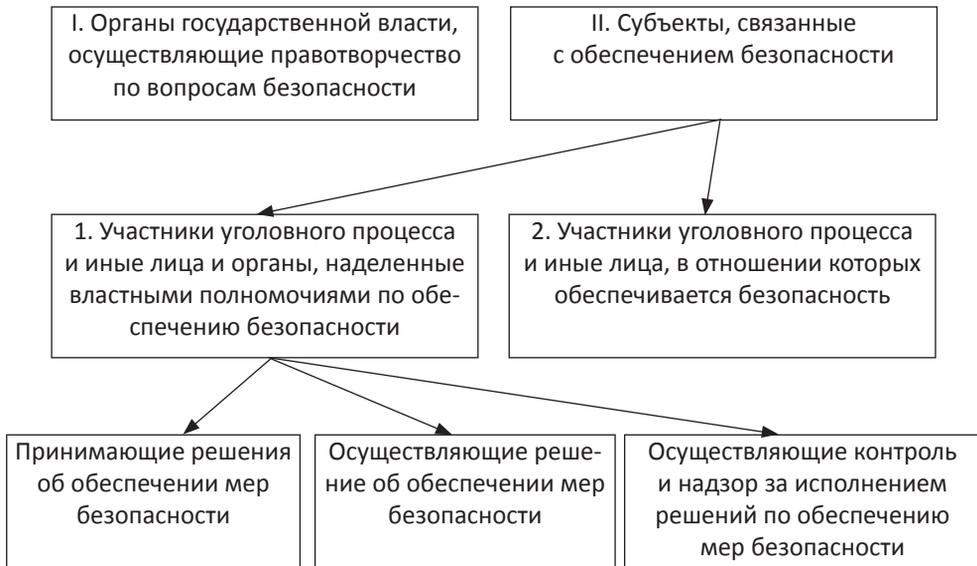
- 1) участники уголовного процесса, а также иные лица и органы, наделенные властными полномочиями по обеспечению безопасности;
- 2) участники уголовного процесса, а также иные лица, в отношении которых осуществляется обеспечение безопасности.

При этом обеспечение безопасности включает: применение мер безопасности, предусмотренных УПК РФ, и государственную защиту (меры безопасности и социальной поддержки в соответствии с федеральными законами № 45 «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» и № 119 «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства»).

Участников первой подгруппы, наделенных властными полномочиями, можно разделить:

- на принимающих решение об обеспечении безопасности;
- осуществляющих обеспечение безопасности;
- осуществляющих контроль и надзор за обеспечением безопасности.

Иллюстративно классификация субъектов, связанных с вопросами безопасности в области уголовного судопроизводства, показана на рисунке.



Рисунок

К участникам процесса, а также иным лицам и органам, принимающим решение об обеспечении безопасности, законодатель относит: дознавателя, орган дознания, начальника органа дознания, начальника подразделения дознания; следователя, руководителя следственного органа; прокурора; суд (су-

дью), в производстве которых находится уголовное дело; старшего судебного пристава; начальника СИЗО; начальника изолятора временного содержания.

В состав лиц и органов, непосредственно осуществляющих обеспечение безопасности, входят: все органы, выполняющие оперативно-розыскную деятельность, в том числе: органы федеральной службы безопасности; органы внутренних дел; таможенные органы РФ по уголовным делам, находящимся в их производстве или отнесенным к их ведению; органы и учреждения уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции РФ (осуществляющие меры безопасности по отношению к лицам, содержащимся в следственных изоляторах либо находящимся в местах отбывания наказания); командование воинских частей военной полиции Вооруженных сил РФ (осуществляющие меры безопасности в отношении военнослужащих), судебные приставы.

Субъектами, осуществляющими контрольно-надзорную деятельность за обеспечением безопасности, являются те же субъекты, которые принимают решение об обеспечении мер безопасности.

Вторая подгруппа состоит из участников уголовного судопроизводства и иных лиц, не имеющих уголовно-процессуального статуса, но к которым могут применяться определенные меры безопасности, предусмотренные УПК РФ и другими федеральными законами.

В состав первой подгруппы входят: судьи; присяжные заседатели; прокуроры; следователи; лица, производящие дознание; лица, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность; сотрудники федеральных органов внутренних дел; сотрудники учреждений и органов уголовно-исполнительной системы; сотрудники органов федеральной службы безопасности; военнослужащие Вооруженных сил РФ и др.⁶

В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 20 августа 2004 г. № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» входят также: потерпевший; свидетель; частный обвинитель; подозреваемый (обвиняемый); подсудимый; их защитники и законные представители; осужденный; оправданный; лицо, в отношении которого уголовное преследование либо уголовное дело было прекращено; эксперт; специалист; переводчик; понятой; педагог; психолог; гражданский истец; гражданский ответчик; лица, не получившие статуса участника уголовного процесса: заявитель, очевидец, жертва преступления, иные лица, способствующие предупреждению или раскрытию преступления, а также близкие родственники, родственники и близкие вышеуказанных лиц⁷. В случаях, когда в отношении указанных лиц в установленном законом порядке принято решение об осуществлении государственной защиты, они именуются «защищаемые лица». Данное обстоятельство означает, что к ним, помимо мер безопасности, применяются и меры социальной поддержки.

⁶ О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов : федер. закон от 20 апреля 1995 г. № 45-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 17. Ст. 1455.

⁷ О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства : федер. закон от 20 августа 2004 г. № 119-ФЗ (в ред. от 18.02.2017) // Рос. газета. 2004. № 182.

В состав второй подгруппы необходимо также включить секретаря судебного заседания и лицо, в отношении которого уголовное дело выделено в отдельное производство в связи с заключением с ним досудебного соглашения о сотрудничестве. Данные лица являются участниками уголовного судопроизводства и им известна информация, входящая в предмет доказывания по уголовному делу, а также при определенных обстоятельствах они могут быть подвергнуты преступным воздействиям. Следовательно, они нуждаются в применении мер безопасности, предусмотренных Федеральным законом от 20 августа 2004 г. № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства».

На основании вышеизложенного предлагаем внести изменения в ч. 1 ст. 2 данного закона, дополнив состав участников уголовного судопроизводства следующими лицами: секретарь судебного заседания и лицо, в отношении которого уголовное дело выделено в отдельное производство в связи с заключением с ним досудебного соглашения о сотрудничестве.

Среди участников, составляющих вторую подгруппу, необходимо выделить лиц, осуществляющих функцию защиты в уголовном процессе: подозреваемого (обвиняемого), подсудимого, осужденного, оправданного, гражданского ответчика, их законных представителей и защитников. М. А. Авдеев справедливо отмечает, что ни для одного из указанных участников не предоставлена прямая возможность ходатайствовать о применении к ним мер безопасности, содержащихся в УПК РФ. При этом автор предлагает внести изменения в ч. 4 ст. 46, ч. 4 ст. 47, ч. 1 ст. 53, ч. 2 ст. 54 УПК РФ, заключающиеся в том, что указанные выше лица «вправе ходатайствовать о применении мер безопасности в соответствии с ч. 3 ст. 11 УПК РФ»⁸.

Представляется необходимым прокомментировать высказанные М. А. Авдеевым предложения по соответствующим изменениям в УПК РФ, так как не совсем понятно, что именно автор имел в виду, употребляя выражение «в соответствии» по отношению к ч. 3 ст. 11 УПК РФ.

Дело в том, что ч. 3 ст. 11 УПК РФ складывается из нескольких основных моментов:

- 1) оснований применения мер безопасности;
- 2) круга субъектов, применяющих меры безопасности, и субъектов, в отношении которых данные меры применяются;
- 3) ссылок на статьи УПК РФ, содержащих конкретные виды мер безопасности: не приведение данных о личности в протоколе следственного действия или использование псевдонима (ч. 9 ст. 166 УПК РФ), контроль и запись телефонных и иных переговоров (ч. 2 ст. 186 УПК РФ), предъявление для опознания в условиях, исключающих визуальное восприятие опознающего опознаваемым (ч. 8 ст. 193 УПК РФ), проведение закрытого судебного разбирательства (п. 4 ч. 2 ст. 241 УПК РФ), допрос свидетелей в условиях, исключающих визуальное наблюдение и без оглашения подлинных данных о личности (ч. 5 ст. 278 УПК РФ).

⁸ Авдеев М. А. Теоретические и правовые основы обеспечения личной и имущественной безопасности участников уголовного судопроизводства : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 35–36.

Если автор подразумевает основания применения мер безопасности, то мы согласны с некоторыми дополнениями, о которых будет подробнее изложено в контексте угроз безопасности и преступных воздействий.

В отношении мер безопасности, предусмотренных ч. 9 ст. 166, ч. 2 ст. 186 и п. 4 ч. 2 ст. 241 УПК РФ, полагаем, что возможность их применения к указанным автором лицам вполне оправдана. Однако трудно согласиться с применением меры безопасности, содержащейся в ч. 8 ст. 193 УПК РФ, а реализация меры безопасности, согласно ч. 5 ст. 278 УПК РФ, к обвиняемому вообще не представляется возможной.

По поводу круга субъектов, которые, по мнению М. А. Авдеева, должны иметь право заявлять ходатайство о применении к ним мер безопасности, предусмотренных УПК РФ, мы не можем согласиться в полной мере. Так, в соответствии с ч. 4 ст. 18 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в отношении адвоката и членов его семьи существует обязанность органов внутренних дел принимать необходимые меры по обеспечению их безопасности⁹. Однако согласно ч. 2 ст. 49 УПК РФ защитником по уголовному делу может быть не только адвокат, но и близкие родственники обвиняемого, а также иные лица. Следовательно, вполне оправдано включение именно защитников в число лиц, наделяемых правом заявлять ходатайство о применении к ним мер безопасности. Относительно общей позиции по субъектам считаем, что не стоит ограничиваться лишь группой лиц, реализующих функцию защиты в уголовном процессе, по следующим основаниям.

Во-первых, нельзя недооценивать преступные элементы и возможность оказания ими преступных воздействий на кого угодно. Во-вторых, исходя из общего смысла ч. 3 ст. 11 УПК РФ, меры безопасности, предусмотренные в ней, применяются не только в отношении потерпевшего и свидетеля, но и иных участников уголовного судопроизводства, их близких родственников, родственников и близких лиц.

Следовательно, не совсем справедливо оставлять без соответствующих правомочий других представителей второй подгруппы: гражданского истца, реализующего функцию обвинения; эксперта, специалиста, педагога, психолога, переводчика, понятого, секретаря судебного заседания, заявителя, очевидца и жертву преступления, выполняющих вспомогательные функции в уголовном процессе; а также присяжных заседателей, осуществляющих функцию правосудия.

Полагаем, что участники уголовного процесса, обладающие властными полномочиями (прокурор, следователь и дознаватель), достаточно часто подвергаются преступным воздействиям и даже лишаются жизни, осуществляя свои процессуальные обязанности в досудебном производстве. Особенно актуальна необходимость применения и к ним самим некоторых мер безопасности, предусмотренных в ч. 3 ст. 11 УПК РФ, при расследовании и рассмотрении уголовных дел по тяжким и особо тяжким преступлениям, а также

⁹ Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации : федер. закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ (в ред. от 29.07.2017) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 23. Ст. 2102.

при совершении преступлений организованными группами и преступными сообществами.

Таким образом, для единого понимания и применения уголовно-процессуального законодательства необходимо привести в соответствие ч. 3 ст. 11 УПК РФ со статьями УПК РФ, содержащими права вышеназванных лиц.

На основании вышеизложенного предлагаем внести изменения в статьи УПК РФ: п. 17 ч. 2 ст. 37; ст. 38; ч. 5 ст. 41; ч. 4 ст. 44; ч. 4 ст. 46; ч. 4 ст. 47; ч. 1 ст. 53; ч. 2 ст. 54; ч. 3 ст. 57; ч. 3 ст. 58; ч. 3 ст. 59; ч. 3 ст. 60; ч. 1 ст. 191; ч. 1 ст. 333; ч. 3 ст. 245 УПК РФ путем дополнения о том, что данные лица «вправе ходатайствовать о применении отдельных мер безопасности, предусмотренных ч. 3 ст. 11 УПК РФ, за исключением мер, содержащихся в ч. 8 ст. 193 и ч. 5 ст. 278 УПК РФ».

Соответственно и ч. 3 ст. 11 УПК РФ требуется изложить в такой редакции: «При наличии достаточных данных о том, что потерпевшему, свидетелю, иным участникам уголовного судопроизводства или лицам, не получившим уголовно-процессуального статуса (заявителю, очевидцу, жертве преступления), а также их близким родственникам, родственникам или близким лицам...».

На наш взгляд, помимо права заявлять ходатайство о применении мер безопасности в отношении любого участника уголовного судопроизводства, следует предусмотреть и соответствующие обязанности у органов, осуществляющих предварительное расследование, по разрешению указанного ходатайства в максимально короткие сроки и сообщению о принятом решении заявителю. Кроме того, о ходатайстве в применении мер безопасности должно быть незамедлительно доложено субъектам, которые обладают властными полномочиями в уголовном судопроизводстве, в лице начальника органа дознания, начальника подразделения дознания, руководителя следственного органа, прокурора, – для осуществления надлежащего контроля.

На основании вышеизложенного, предлагаем внести изменения в российское законодательство, дополнив ч. 3 ст. 11 УПК РФ следующим содержанием: «При поступлении ходатайства от любого участника уголовного судопроизводства, а также их близких родственников, родственников или близких лиц дознаватель, следователь, начальник подразделения дознания, начальник органа дознания, руководитель следственного органа обязаны незамедлительно сообщить вышестоящему руководству и в течение трех суток, с момента заявления ходатайства, вынести письменное решение о применении мер безопасности либо об отказе в их применении, о чем также незамедлительно уведомить заявившее ходатайство лицо».

Учитывая предложенные изменения, необходимо также расширить субъектный состав ч. 9 ст. 166 и ч. 2 ст. 186 УПК РФ, предоставив возможность применения мер безопасности, указанных в данных нормах, не только к потерпевшему и свидетелю, но и к подозреваемому (обвиняемому), защитнику и иным участникам уголовного судопроизводства.

Вернемся к кругу лиц, включенных в состав второй подгруппы субъектов безопасности (в отношении которых осуществляется обеспечение безопасности), так как необходимо пояснить определенные моменты, касающиеся некоторых из них, например заявителя, очевидца, жертвы преступления и др.

Уголовно-процессуальные правоотношения возникают не всегда в момент совершения преступления, а в ряде случаев – в момент получения сообщения о преступлении. Безопасность в таких ситуациях может и должна быть обеспечена сразу же после получения указанных сведений либо после их проверки. Следовательно, субъектами безопасности, в отношении которых применяются меры безопасности, могут оказаться и лица, не являющиеся участниками уголовного судопроизводства.

Так, заявитель, очевидец и жертва преступления при обращении в соответствующие органы о совершении или готовящемся преступлении в отношении их, участниками уголовного процесса не являются. Однако совершенно очевидно, что указанные лица могут нуждаться в применении определенных мер безопасности, которых действующий УПК РФ именно для них не предусматривает. Как отмечалось ранее, к данной категории лиц с целью обеспечения их безопасности могут быть применены меры государственной защиты, предусмотренные Федеральным законом от 20 августа 2004 г. № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства».

Родственники и близкие лица участников уголовного судопроизводства также не относятся к участникам процесса, однако в предусмотренных законом случаях в отношении их допускается применение мер безопасности в соответствии с ч. 3 ст. 11 УПК РФ.

Следует отметить, что состав каждой из групп и подгрупп субъектов безопасности не является исчерпывающим и может меняться в связи с внесением соответствующих изменений в действующее законодательство.

Таким образом, субъектами безопасности в сфере уголовного судопроизводства в контексте реализации права являются участники уголовного процесса, наделенные властными полномочиями по обеспечению безопасности, а также участники уголовного судопроизводства и иные лица, не имеющие статуса участника процесса, но к которым могут применяться меры безопасности и государственной защиты в соответствии с действующим законодательством.

Субъектами безопасности в уголовном процессе в области правотворчества выступают органы государственной власти, наделенные полномочиями по созданию права и его норм.

Саратовская государственная юридическая академия

Францифоров Ю. В., доктор юридических наук, профессор кафедры
уголовного процесса

Исаев А. Э., аспирант кафедры уголовного процесса, адвокат

Saratov State Law Academy

Frantsiforov Yu. V., Doctor of Legal Sciences,
Professor of the Criminal Process Department
E-mail: franciforov@mail.ru

Isayev A. E., Post-graduate Student of the Criminal Process, Lawyer
E-mail: dargo777@bk.ru

ЗАПРЕТ ОПРЕДЕЛЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ – ХОРОШО ЛИ ОН ОПРЕДЕЛЕН?

В данной статье¹ рассматривается новая мера пресечения в виде запрета определенных действий и дается подробный анализ ее содержания. Автором выявлены многочисленные недостатки данной меры пресечения, которые могут отразиться на правоприменительной деятельности, и даны рекомендации по их устранению.

К л ю ч е в ы е с л о в а: мера пресечения, запрет, уголовно-процессуальное принуждение, домашний арест.

PROHIBITION OF DEFINITE ACTIONS – IS IT WELL DEFINED?

The article discusses a new preventive measure in the form of certain actions prohibition and provides a detailed analysis of its content. The author has revealed numerous flaws of this preventive measure that may affect law enforcement, and proposed recommendations for the elimination of those.

К е у w o r d s: preventive measure, prohibition, criminal procedural coercion, home arrest.

Поступила в редакцию 15 апреля 2019 г.

Что бы ни говорили о десяти заповедях, утешительно сознавать, что их только десять.

Генри Луис Менкен

Федеральный закон от 18 апреля 2018 г. № 72-ФЗ внес серьезные коррективы в УПК РФ, изменив нормы, регламентирующие такие меры пресечения, как залог и домашний арест, и предусмотрев новую меру пресечения – запрет на определенные действия (ст. 105.1 УПК РФ). Появление подобной меры трудно расценить однозначно, однако можно отметить явное желание законодателя пойти по пути гуманизации и индивидуализации уголовно-процессуального законодательства и дополнить имеющиеся традиционные меры пресечения, что призвано способствовать достижению общих целей их применения².

Возможность выбора в качестве меры пресечения одного из перечисленных в ст. 105.1 УПК РФ запретов выглядит неплохой альтернативой заключению под стражу и домашнему аресту, создает предпосылки для увеличения

¹ Статья представляет собой расширенный и значительно дополненный вариант доклада, представленного на VII Международную конференцию «Уголовное производство: процессуальная теория и криминалистическая практика» (Алушта, апрель 2019 г.).

² Вновь приходится отмечать, что никаких *целей* применения мер пресечения УПК РФ не упоминает – в ст. 97 указаны лишь *основания* для их избрания, что далеко не то же самое (см. по этому поводу: *Белкин А. Р. УПК РФ : отменить нельзя поправить? М., 2017. Т. 1. С. 222*).

числа случаев, когда вместо нахождения в следственном изоляторе подозреваемый или обвиняемый подвергается только конкретным ограничениям, не утрачивая тем самым важные социальные связи.

Можно согласиться с И. В. Головинской: хотя заключение под стражей остается необходимой мерой пресечения для наиболее полного достижения целей предварительного расследования, государство должно обеспечить вариативность при решении вопроса об избрании меры уголовно-процессуального принуждения, учитывая гуманистические начала уголовного процесса³.

Любопытно и мнение Л. И. Лесной, отмечающей шаг в сторону укрепления позиций на рынке представителей малого и среднего бизнеса⁴. Если ранее подвергнутый домашнему аресту подозреваемый или обвиняемый был лишен возможности непосредственного осуществления хозяйственной деятельности, так как УПК РФ допускал решение данной проблемы только выдачей доверенности на представление интересов в предпринимательской среде (п. 3.1 ч. 4 ст. 46 и п. 9.1 ч. 4 ст. 47 УПК РФ), то сегодня новая мера позволит лицу непрерывно заниматься предпринимательской деятельностью даже в ходе предварительного следствия⁵.

Однако диспозиция новой нормы далека от совершенства. Действительно, налицо явные коллизии с такой мерой пресечения, как домашний арест (ст. 107), причем, как уже отмечалось в литературе, предлагаемые запреты можно скомбинировать так, что их совокупность вполне соответствует домашнему аресту; но при этом продолжительность домашнего ареста и такого комплекса запретов исчисляются по-разному.

В частности, домашний арест предполагает также ограничение на выход из жилого помещения, а в роли дополнительных мер могут выступать запреты на общение с определенными лицами, отправку и получение почтово-телеграфных сообщений, использование средств связи. Судам необходимо будет провести грань между домашним арестом и запретом на совершение определенных действий, что практически может оказаться затруднительно.

Новизна предлагаемой меры состоит в том, что указанные запреты не сопутствуют домашнему аресту, а рассматриваются теперь как самостоятельная мера пресечения, не связанная с полной изоляцией человека от общества. Преимуществом такого подхода может стать качественное улучшение судебного толкования уголовно-процессуальных норм; но теперь при вынесении постановления о запрете определенных действий суду придется обосновать свою правовую позицию, указав причины невозможности выбора иной меры уголовно-процессуального принуждения.

Первое, что бросается в глаза, – очень сомнительно отнесение новой меры к мерам пресечения. Действительно, по смыслу ее применения, подчеркнутому одновременно введенными ч. 1.1 ст. 97, ч. 8.1 ст. 106 и откорректированной

³ См.: Головинская И. В. Проблемы диверсификации системы мер пресечения // Уголовно-исполнительная система на современном этапе : взаимодействие науки и практики : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (Самара, 16–17 июня 2016 г.). Самара, 2016. С. 167.

⁴ См.: Лесная Л. И. О новой мере пресечения в виде запрета определенных действий // Молодой ученый. 2018. № 49. С. 147–150.

⁵ Вопрос, действительно ли это так хорошо, мы оставим за скобками.

ч. 7 ст. 107 УПК РФ, подобные запреты судебный орган имеет право возложить на обвиняемого или подозреваемого, в отношении которого он избрал меру пресечения в виде залога или домашнего ареста⁶.

Однако избрание сразу двух мер пресечения не согласуется с принципом альтернативности, поскольку каждая из них назначается при наличии конкретных обстоятельств для ее применения. Одновременное применение нескольких мер пресечения – нонсенс, ибо совершенно ясно, что в любой конкретный момент времени к субъекту может быть применена только одна мера пресечения. Косвенным подтверждением тому служит ч. 1 ст. 97 УПК РФ, недвусмысленно указывающая на выбор *одной из мер пресечения*. Коль скоро это указание недостаточно, имеет смысл явно сформулировать запрет на одновременное применение нескольких мер пресечения, добавив его к ч. 2 той же ст. 97.

Что же до запрета определенных действий, то такую меру логичнее отнести к иным мерам процессуального принуждения, которые вполне могут применяться в комплексе как с мерами пресечения, так и друг с другом. Часть 1.1 ст. 97 при этом становится излишней.

Итак, предлагаем перенести ст. 105.1 в главу 14 УПК РФ, присвоив ей новый номер 113.1, п. 4.1 ст. 98 перенести в ч. 1 ст. 111 УПК РФ, присвоив ему номер 2.1, и внести следующие коррективы в ст. 97 УПК РФ:

Статья 97. Основания и цели избрания мер пресечения⁷

<...>

1.1. Исключена.

2. Мера пресечения избирается в целях предотвращения действий, указанных в части первой настоящей статьи. Мера пресечения может избираться также для обеспечения исполнения приговора или возможной выдачи лица в порядке, предусмотренном главой 54 настоящего Кодекса. В любой момент производства по уголовному делу в отношении конкретного обвиняемого, подозреваемого может быть избрана только одна мера пресечения.

Рассмотрим подробнее содержание самой анализируемой статьи.

Поскольку изучаемая мера отнесена к иным мерам процессуального принуждения, упоминание в ч. 1 невозможности применения более мягкой меры пресечения становится излишним. Строго говоря, излишне и упоминание обязанностей своевременно являться по вызовам, которое предусмотрено применением залога, домашнего ареста или иной меры пресечения либо процессуального принуждения (например, обязательства о явке); однако дублирование в данном случае нам представляется допустимым. Упоминание о контроле в ч. 1 также излишне, поскольку ему посвящена объемная ч. 11 той же статьи. Зато логично в ч. 1 добавить прямое указание на возможность применения этой меры как самостоятельно, так и в сочетании с мерами пресечения⁸ или процессуального принуждения.

⁶ См.: Курочкин И. А. Некоторые вопросы применения статьи 105.1 УПК РФ «Запрет определённых действий» // Образование и наука в России и за рубежом. 2018. № 7.

⁷ С учетом поправок, ранее предложенных нами к названию и содержанию данной статьи (см.: Белкин А. Р. Указ. соч. С. 222 и далее).

⁸ Запрет на определенные действия может сочетаться даже с заключением под стражу, например запрет на общение с конкретным лицом может означать невозможность допуска этого лица для свидания с арестованным.

Простое упоминание ст. 108 в ч. 2 анализируемой статьи не выглядит удачным, поскольку уместно лишь при одновременном ходатайстве об избрании залога или домашнего ареста. Если же речь идет о самостоятельном применении запрета, целесообразно просто повторить в анализируемой статье избранные положения ст. 108, имеющие отношение к делу. Кроме того, логично поменять местами ч. 2 и 3 анализируемой статьи. С учетом сказанного предложим новую редакцию ч. 1–3 данной статьи:

Статья 113.1. Запрет определенных действий

1. Запрет определенных действий избирается по судебному решению и заключается в возложении на подозреваемого или обвиняемого обязанностей своевременно являться по вызовам дознавателя, следователя или в суд и соблюдать один или несколько запретов, предусмотренных частью шестой настоящей статьи. Запрет определенных действий может быть избран в любой момент производства по уголовному делу в качестве самостоятельной меры или в сочетании с любой мерой пресечения или иными мерами процессуального принуждения.

2. При необходимости избрания в качестве меры принуждения запрета определенных действий либо необходимости возложения дополнительных запретов на подозреваемого или обвиняемого следователь с согласия руководителя следственного органа или дознаватель с согласия прокурора возбуждает перед судом соответствующее ходатайство. В постановлении о возбуждении перед судом данного ходатайства указываются один или несколько запретов, предусмотренных частью шестой настоящей статьи, а также мотивы и основания их установления в отношении подозреваемого или обвиняемого. Одновременно тем же постановлением при необходимости может быть возбуждено ходатайство о применении меры пресечения и (или) временном отстранении от должности.

3. Ходатайства о применении залога или домашнего ареста и одновременном применении запрета определенных действий рассматриваются в порядке статей 106 и 107 настоящего Кодекса с учетом особенностей, определенных настоящей статьей.

3.1. Иное ходатайство, возбужденное в порядке части второй настоящей статьи, подлежит рассмотрению единолично в закрытом заседании судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня с обязательным участием подозреваемого или обвиняемого, прокурора, защитника (если последний участвует в уголовном деле) по месту производства предварительного расследования в течение 48 часов с момента поступления материалов в суд. В судебном заседании вправе участвовать законный представитель несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, руководитель следственного органа, следователь, дознаватель.

<...>

Часть 4 статьи требует лишь технических поправок, а в ч. 5 подробное упоминание особенностей изъятия водительского удостоверения излишне⁹:

Статья 113.1. Запрет определенных действий

<...>

4. Рассмотрев ходатайство, судья выносит одно из следующих постановлений:

1) об избрании в отношении подозреваемого или обвиняемого меры процессуального принуждения в виде запрета определенных действий;

⁹ Тем более что не сказано, как именно его изымать, да и что делать, если обвиняемый добровольно его не отдает, – тоже непонятно. Неужели с обыском придем?

- 2) о возложении дополнительных запретов на подозреваемого или обвиняемого, в отношении которого уже применен запрет определенных действий;
- 3) об отказе в удовлетворении ходатайства.

5. Постановление судьи, указанное в части четвертой настоящей статьи, направляется лицу, возбудившему ходатайство, прокурору, в контролирующей орган по месту жительства или месту нахождения подозреваемого или обвиняемого, подозреваемому или обвиняемому, его защитнику и (или) законному представителю, а также потерпевшему, свидетелю или иному участнику уголовного судопроизводства, если запрет определенных действий связан с обеспечением безопасности этих лиц. Постановление судьи подлежит немедленному исполнению и может быть обжаловано в порядке, установленном частью одиннадцатой статьи 108 настоящего Кодекса.

<...>

Особый интерес, конечно, представляют конкретные запреты, предусмотренные законодателем в ч. 6 анализируемой статьи. Фактически произошло бесхитрое перенесение многих запретов из ч. 7 ст. 107, однако некоторые из них просто бессмысленны вне рамок домашнего ареста.

Так, запрет на выход за пределы жилого помещения (п. 1) отличается от домашнего ареста разве что указанием на *определённые периоды*; но и эти периоды вполне возможно указать так, что никакой разницы не будет¹⁰.

Запрет отправлять и получать почтово-телеграфные отправления (п. 4) вполне осмыслен в рамках домашнего ареста. Но как можно проконтролировать соблюдение такого запрета лицом, свободно гуляющим по городу? Подошел к почтовому ящику, кинул туда письмо – что будем делать? Или даже не сам кинул, а кому-то передал, тот и отправил? Совершенно очевидно, что подобные запреты в условиях нахождения обвиняемого, подозреваемого на свободе могут быть реализованы только путем следственного действия – наложения ареста на почтово-телеграфную корреспонденцию; но и в этом случае исходящую корреспонденцию задержать затруднительно.

То же, и даже в большей степени, относится и к использованию средств связи и сети «Интернет» (п. 5). В условиях домашнего ареста это довольно трудно проконтролировать, но в условиях нахождения на свободе – просто невозможно. Кстати, запрет на общение (п. 2), очевидно, по тем же основаниям должен включать именно непосредственное общение (т. е. встречи) и, возможно, попытки установления контактов с использованием средств связи.

Практика применения анализируемой меры пока недостаточна; однако уже первые сообщения позволяют судить о запретах, применяемых вне рамок домашнего ареста. Так, руководитель органа УФСИН по Ивановской области сообщает о трех случаях применения запретов: «У одного... запрет на общение с потерпевшими... У другого – запрет выходить в вечернее время. Запрет на нахождение в определенных местах... Нельзя посещать общественные места, общественные мероприятия, увеселительные мероприятия»¹¹.

¹⁰ Кстати, и домашний арест вовсе не обязательно означает круглосуточный запрет на выход и может предусматривать разрешение на отлучки и посещение других мест – вспомним хотя бы одиозную г-жу Васильеву, прогуливавшуюся по бутикам!

¹¹ Вместо домашнего ареста – запрет на определенные действия. URL: [https:// www.ivanovonews.ru/reports/905353](https://www.ivanovonews.ru/reports/905353)

Наконец, использование слов «совершенное преступление» в п. 6 ч. 6 ст. 113.1 противоречит презумпции невиновности и поэтому недопустимо.

Последующая ч. 7 ст. 113.1 требует некоторой технической правки в целях большего удобства восприятия. Относительно ч. 8 возникают сомнения в ее целесообразности. В рамках домашнего ареста все эти гарантии уже предусмотрены ч. 8 ст. 107, а вне этих рамок, как уже было показано, ограничение использования телефонной связи непонятно и трудно реализуемо.

Итак, то, что осмысленно только в рамках домашнего ареста, предлагается «вернуть» в ч. 7 ст. 107 и переформулировать ч. 6–8 ст. 113.1 следующим образом:

Статья 113.1. Запрет определенных действий

<...>

6. Суд <...> при избрании меры процессуального принуждения в виде запрета определенных действий может запретить обвиняемому, подозреваемому:

1) выходить в определенные периоды времени за пределы жилого помещения, где он проживает в качестве собственника, нанимателя либо на иных законных основаниях;

2) находиться в определенных местах, приближаться к определенным объектам и/или лицам ближе установленного расстояния, посещать определенные мероприятия и участвовать в них;

3) встречаться с определенными лицами или пытаться установить с ними контакт с использованием любых средств связи;

4) исключен;

5) исключен;

6) управлять автомобилем или иным транспортным средством, если уголовное дело связано с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств.

7. В постановлении суда о возложении запрета на определенные действия указываются конкретные условия его исполнения: адрес жилого помещения и периоды времени, в течение которых покидать его запрещено; район, населенный пункт, с которыми связаны запреты; места или мероприятия, запрещенные для посещения; данные о расстоянии, ближе которого запрещено приближаться к определенным лицам и (или) объектам, и о лицах, с которыми запрещено общаться; срок применения запрета, предусмотренного пунктом 1 части шестой настоящей статьи. Указываются также способы связи со следователем, дознавателем и контролирующим органом и другие условия, а также обязанность подозреваемого или обвиняемого самостоятельно являться по вызовам дознавателя, следователя или суда. Подозреваемый, обвиняемый может быть подвергнут судом всем запретам, предусмотренным частью шестой настоящей статьи, либо отдельным из них.

8. Исключена.

<...>

Статья 107. Домашний арест

<...>

7. Суд с учетом данных о личности подозреваемого или обвиняемого, фактических обстоятельств уголовного дела и представленных сторонами сведений при избрании домашнего ареста в качестве меры пресечения может ему запретить и (или) ограничить:

1) выход за пределы жилого помещения, определенного судом для его пребывания;

- 2) общение с определенными лицами;
- 3) отправку и получение почтово-телеграфных отправлений;
- 4) использование средств связи и сети «Интернет».

<...>

Не всё гладко и со сроками действия новой меры, в частности с предельным сроком запрета, установленного п. 1 ч. 6 ст. 113.1. Из ч. 10 той же статьи можно видеть, что предельный его срок не превышает 36 месяцев; однако выше уже отмечалось, что период, в который запрещено покидать жилое помещение, ничем не ограничен и может быть практически круглосуточным, поэтому фактически этот запрет мало отличается от домашнего ареста, предельный срок которого не превышает 18 месяцев. Имеет смысл внести коррективы в ч. 9 и 10 ст. 113.1 и поменять их местами.

Статья 113.1. Запрет определенных действий

<...>

9. Срок применения запрета, предусмотренного пунктом 1 части шестой настоящей статьи, устанавливается и продлевается судом в соответствии со статьей 109 настоящего Кодекса с учетом особенностей, определенных настоящей статьей, и с момента вынесения судом решения о его установлении не может превышать по уголовным делам:

- 1) о преступлениях небольшой и средней тяжести – 12 месяцев;
- 2) о тяжких и особо тяжких преступлениях – 18 месяцев.

10. Запреты, предусмотренные пунктами 2–6 части шестой настоящей статьи, применяются до отмены или изменения меры принуждения в виде запрета определенных действий.

<...>

Коснемся наконец еще одной болевой точки новой меры принуждения – вопроса контроля за ее соблюдением и санкций за ее несоблюдение.

Очевидно, что имеющихся ресурсов недостаточно для осуществления надлежащего эффективного контроля за подозреваемыми и обвиняемыми, которым запрещено совершать определенные действия. Это требует перестройки материально-технической базы и большого количества времени, а пока у соответствующих служб не будет технической возможности следить за субъектами, эта мера фактически исполняться не будет.

Используемые аудиовизуальные, электронные и иные технические средства контроля не предназначены для идентификации лиц, с которыми подозреваемому или обвиняемому запрещено общаться, а запрет посещать определенные места и приближаться к определенным объектам превращается всего лишь в юридическую фикцию, поскольку правильно определить такие расстояния и объекты достаточно проблематично.

Часть 11 ст. 113.1 имеет смысл дополнить указанием на необходимость информирования лица, ведущего производство по делу, о нарушении возложенных запретов.

За несоблюдение наложенных запретов ч. 13 анализируемой статьи предлагает применение более строгой меры пресечения. Поскольку запрет на определенные действия «понижен в звании» до иной меры процессуального принуждения, санкции за его несоблюдение должны быть не столь однозначно суровыми. Напомним, что ранее нами выдвигалась идея расширения круга

лиц, на которых может быть наложено денежное взыскание, и предложение включить в него также подозреваемого, обвиняемого в случае нарушения им домашнего ареста при невозможности применения заключения под стражу по состоянию здоровья или иным гуманистическим мотивам¹². Думается, что нарушение запрета на определенные действия также вписывается в ту же парадигму.

Итак, с учетом вышесказанного предлагаем поправки к ч. 11 и 13 анализируемой статьи.

Статья 113.1. Запрет определенных действий

<...>

11. Контроль за соблюдением подозреваемым или обвиняемым запретов, предусмотренных частью шестой настоящей статьи, осуществляется федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим правоприменительные функции, функции по контролю и надзору в сфере исполнения уголовных наказаний в отношении осужденных. <...>

11.1. В случае нарушения обвиняемым, подозреваемым возложенных на него запретов, контролирующий орган незамедлительно извещает следователя, дознавателя, ведущего производство по делу, а после направления дела в суд – прокурора.

<...>

13. В случае нарушения подозреваемым, обвиняемым возложенных на него запретов, а равно отказа от применения аудиовизуальных, электронных и иных технических средств контроля, умышленного их повреждения либо совершения иных действий, направленных на нарушение функционирования указанных средств контроля, суд по ходатайству следователя или дознавателя, заявленному соответственно с согласия руководителя следственного органа или с согласия прокурора, вправе избрать в отношении подозреваемого, обвиняемого меру пресечения в виде залога, домашнего ареста или заключения под стражу либо наложить на него денежное взыскание в порядке статьи 118 настоящего Кодекса. Если нарушение запрета допущено после назначения судебного разбирательства, такое ходатайство может быть заявлено также прокурором по представлению контролирующего органа.

¹² См.: Белкин А. Р. Указ. соч. С. 244.

*Российский технологический университет
(РТУ – МИРЭА)*

*Белкин А. Р., доктор юридических наук, профессор кафедры
уголовно-правового обеспечения национальной безопасности*

Russian Technological University (RTU)

*Belkin A. R., Doctor of Legal Sciences, Professor of the Criminal Legal Support
for National Security Department
E-mail: anatbel@yandex.ru*

ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННЫЕ ФИКЦИИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Современный российский уголовный процесс представляет собой смешанный, эклектичный феномен, сочетающий в себе элементы свободного доказывания и его формализованного характера. Одним из проверенных и эффективных средств в достижении баланса таких элементов выступают нормативные предписания особого типа – фикции. Наличие доказательственных фикций в уголовном процессе не является общепризнанным в связи с неверным отождествлением их содержания как ложного, неистинного знания. Содержанием доказательственной нормы-фикции следует признать вероятное, т. е. проблематичное, неполно обоснованное знание. При этом степень такой вероятности не в состоянии перейти в достоверность даже при восполнении ее другими процессуальными средствами. Доказательственные фикции часто отождествляются с процессуальными презумпциями. Основное отличие презумпций от фикций как особых средств доказывания состоит в возможности их опровержения (оспаривания, отрицания). Такая возможность формулируется через средства юридической техники и выступает единственным критерием их разграничения. В результате исследования в статье обосновывается, что доказательственная фикция – закрепленная в уголовно-процессуальном законодательстве императивная норма, содержащая неопровержимое предположение о наличии или отсутствии доказательственных фактов. На примерах отдельных уголовно-процессуальных фикций показано их значение в доказывании по уголовным делам.

К л ю ч е в ы е с л о в а: уголовный процесс, доказывание, познание, средства доказывания, доказательства, фикции, презумпции, достоверность, относимость, допустимость.

THE EVIDENTIARY FICTIONS IN CRIMINAL PROCESS

The modern Russian criminal process is a mixed phenomenon combining elements of free evidence theory and formalization. One of the proven and effective means to achieve the balance of such elements – fictions, as normative prescriptions of a special type. The existence of evidentiary fictions in the criminal process is not universally recognized. Although fiction is considered an inseparable companion of a social life, the question arises what the actual fiction is and whether the use of it in criminal proceeding does not mean an intentional law maker's fraud, deceit directed towards the addressee of the applicable law. The problem is in connection with the incorrect identification of their content as false, untrue knowledge. The evidentiary norm-fiction should be recognized as probable, problematic, incompletely grounded knowledge. At the same time, the degree of such a probability is not able to go into reliability even if it is replenished with other procedural means. Evidentiary fictions are often identified with procedural presumptions. The main difference between them, that fiction cannot be refuted (challenged, denied). Such opportunity formulates through the means of legal technology and is the only criterion for

their differentiation. As a result of the research, the article justifies that the evidentiary fictions is an imperative norm enshrined in the criminal procedural law, containing an irrefutable assumption about the presence or absence of evidentiary facts. Fiction and its impact on criminal proceedings is analyzed in this article. Features, characterizing fiction are discussed here as well.

Key words: criminal process, evidence, truth, proof, fiction, presumption, credibility, relevance, validity.

Поступила в редакцию 17 января 2019 г.

При различных подходах к пониманию юридических фикций смысл всех рассуждений обычно сводится к объявлению несуществующего существующим и, наоборот, без возможности юридического опровержения этого правила. Правовая наука сформировала несколько точек зрения в отношении фикций: «Фикция как прием законодательной техники является неизбежной, так как отражает внутренние свойства, присущие правовым нормам; фикция – это антипод закона, и ее сущность состоит в отчуждении закона от интересов общества»¹. Существенный вклад в развитие теории фикций был внесен цивилистами, которые отмечали, что фикции являются уклонением от нормального порядка в юридическом быту, «при котором определения, рассчитанные на известные факты, получают силу, хотя последних мы не усматриваем»², либо же считали, что фикция «предназначена скорее представлять (замещать) истинное, а не обнаруживать его в действительности»³. Г. Ф. Дормидонтов необходимость в правовых фикциях объяснял неспособностью людей «обойтись без вымыслов, прямая голая истина часто еще не дается им или оказывается, по-видимому, им не по плечу, и они прибегают к помощи вымысла, чтобы к ней хоть как-нибудь приблизиться или, наоборот, чтобы от нее уклониться»⁴. Значение фикций было обстоятельно рассмотрено Г. Демелиусом: «Сила юридической фикции состоит не в том, чтобы дать бытие тому, чего нет на самом деле, а в том, чтобы допускать последствия, как будто небывшее случилось или случившееся не произошло»⁵. Проблемами уголовно-процессуальных фикций интересовался Л. Е. Владимиров, утверждавший, что «закон признает за факт, не подлежащий опровержению, нечто такое, что ложно, но не невозможно»⁶. Отказывая фикциям служить регуляторами доказательственных отношений в уголовном процессе, В. И. Каминская называла их «плодом вымысла», не имеющим никакого отношения к познанию материальной истины⁷. К. К. Панько пишет о фикциях как форме проявления и дополнения права (в том числе и уголовно-процессу-

¹ *Танимов О. В.* Развитие юридических фикций в эпоху Нового времени // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2014. № 4. С. 15.

² *Мейер Д. И.* О юридических вымыслах, предположениях, скрытых и притворных действиях. Казань, 1854. С. 8.

³ *Мэн Г. С.* Древнее право, его связь с древней историей общества и его соотношение к новейшим идеям. СПб., 1873. С. 2.

⁴ *Дормидонтов Г. Ф.* Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. С. 3.

⁵ *Цит. по: Танимов О. В.* Указ. соч. С. 10–11.

⁶ *Владимиров Л. Е.* Учение об уголовных доказательствах. Тула, 2000. С. 416.

⁷ *См.: Каминская В. И.* Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. М. ; Л., 1948. С. 43–49.

ального): «В фикции живет своя и не своя сущность, в ней заключена удачная попытка права выйти за пределы себя, ибо для всесторонности правового регулирования не хватает как раз этого факта – быть не самим собой»⁸.

В приведенных суждениях усматривается постановка проблемы о соотношении истинно-ложных представлений в приеме юридической фикции: от «спасательного круга» законодателя, регулирующего познавательный процесс до сущности судебной фикции, которая «состоит в том, чтобы безнаказанно насиловать истину»⁹. Вопрос о доказательственных фикциях в уголовном процессе берет свое начало в «технике инквизиционного процесса и теории формальных доказательств, которые создавали благоприятные условия для действия юридической фикции»¹⁰. Построение доказательственного права на теории свободной оценки доказательств «по внутреннему убеждению» существенно изменило роль фикций в уголовном процессе, однако не привело к их отмиранию. Прием фикции по-прежнему характерен для установления обстоятельств уголовного дела, но в новом, более совершенном качестве. Для его понимания требуется уяснение соотношения содержательных и внешних форм нормы фикции.

Фикция-норма имеет свое содержание и форму. Вопрос об их соотношении дискуссионный. Если фиктивность характера формы как способа правового регулирования не отрицается, поскольку он закрепляет несуществующее и влечет неопровержимость правовых последствий, то меняется ли при этом содержание такой нормы, является ли оно вымышленным, ложным, надуманным, не соответствующим реальным общественным отношениям? Для многих отраслей права (уголовного, гражданского, семейного, гражданского процессуального) это суждение будет верным. Так, К. К. Панько считает, что ложь фикции в уголовном праве «состоит в ложности представлений (информации, трактовки) о содержании соответствующей ситуации, а не в способах закрепления в соответствующем правовом акте, придающем им силу общеобязательного предписания»¹¹. Р. К. Лотфуллин настаивает также на ложном характере содержания юридических фикций в гражданском праве¹². Полагая, что фиктивный характер предписания задается ложностью содержания, а не внешней формой права, часто указывают на ситуации, в которых выражается ложность (ошибочность) в содержании фикции: 1) в представлении о существовании факта, о котором известно, что он вовсе не существует или существует в другом виде; 2) в представлении о существовании факта, не доказанного с достаточностью, но предполагаемого; 3) в представлении о факте, выражающемся в трактовке другого известного факта, эквивалентного первому; 4) в представлении о факте (событии, явлении) как несуществующем, в то время как он существует.

⁸ Панько К. К. Методология и теория законодательной техники уголовного права России. Воронеж, 2004. С. 231–232.

⁹ Цит. по: Дормидонтов Г. Ф. Указ. соч. С. 105.

¹⁰ Исаев И. А. Юридическая фикция как форма заполнения правовых пробелов // Пробелы в российском законодательстве. 2012. № 5. С. 35.

¹¹ Панько К. К. Указ. соч. С. 225.

¹² См.: Лотфуллин Р. К. Юридические фикции в гражданском праве. М., 2006. С. 53.

Являются ли приведенные основания безусловной ложью содержания доказательственных фикций в уголовном процессе? Насколько правомерно говорить о неопределенности содержания процессуальной фикции как об обманчивом представлении? Природа процессуальных фикций может быть другой, не всегда ложной и обманчивой, а включающей иные социальные ценности и признаваемые постулаты процессуального права. Законодатель может признавать как отсутствие, так и реальное наличие того или иного факта (что уже не ложно), определяющего содержание нормы доказательственной фикции, но осознание того, что проверка его истинности процессуальными средствами затруднительна и неэффективна, приводит к необходимости установления фиктивного способа закрепления таких отношений путем их признания несуществующими в целях доказывания и признания ничтожными последствий их доказательственной оценки. В пользу такого подхода свидетельствует следующий пример нормы доказательственной фикции: если обвиняемый (подозреваемый) в ходе досудебного производства дал показания в отсутствие защитника и не подтвердил их в суде, то такие доказательства закон признает недопустимыми (п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ). Связывает ли законодатель фиктивный способ правового регулирования этого положения с ложью ее содержания? Конечно, нет. Легко убедиться, что те же самые показания (дословно), подтвержденные в суде или данные в ходе передопроса, но уже с защитником, вполне будут отвечать требованию допустимости. Меняются лишь условия формирования доказательства, но не их содержание с позиций достоверности. Факт остался прежним, изменилась лишь форма его установления. Поэтому не всегда правомерно говорить о мнимом или ложном характере доказательственной фикции, необходимо искать другие основания в ее содержании.

О том, что ложь не следует считать содержанием доказательственных фикций, и они не всегда основаны на мнимых и притворных отношениях, обращалось внимание в работах ряда ученых. Г. Ф. Дормидонтов писал, что «фикция принимает несуществующее существующим или наоборот, следовательно, она есть ложь. Отсюда легко доходят до подведения всякого обмана под понятие фикции. Но это, конечно, неправильно: фикция и обман понятия несовместимы. О фикции можно говорить лишь тогда, когда вымысел допускается всеми и когда никто на этот счет не обманывается»¹³. В. И. Каминская указывает, что «как условное принятие за истину, так и заведомая ложность принимаемого за истину положения представляют собой в юридической фикции только внешнюю форму, в которую облекается создание новой правовой нормы. Ложь юридической фикции, несмотря на всю ее очевидность, не проникает в ее содержание, она относится лишь к ее оболочке»¹⁴. По мнению ряда исследователей, приведенная позиция «вполне соответствует интерпретации «фиктивный» как имеющей поверхностное сходство с чем-либо, но с глубинными, более важными различиями»¹⁵. З. М. Черниловский также лишь допускает

¹³ Дормидонтов Г. Ф. Указ. соч. С. 137.

¹⁴ Каминская В. И. Указ. соч. С. 48.

¹⁵ Баранов В. М., Першин В. Б., Першина И. В. Юридическая фикция как научная проблема. Критические заметки на монографию Р. К. Лотфуллина «Юридические фикции в гражданском праве» // Юридическая техника. 2007. № 1. С. 272–273.

ложность, но не настаивает на ее заведомом характере: «...юридическая фикция признает за действительное то, что на самом деле может быть ложным («как если бы...»)»¹⁶. «Нет сомнений в том, что фиктивный характер предположения следует оценивать с позиции способа регулирования, который опирается на возможность несовпадения формы и содержания права, – отмечают В. М. Баранов и О. А. Курсова. – И, действительно, условное объявление истинным того, что таковым может и не являться, касается лишь правовой формы, а не содержания объективной действительности»¹⁷.

Но если содержание доказательственных фикций не всегда сопряжено с ложным характером регулируемых отношений, то какова их природа? Может ли уголовно-процессуальный закон распространять фиктивность способа регулирования на факты, которые являются истинными? Вполне. Основанием такого вывода выступает понимание истины как соответствия нашего знания объективной действительности. Однако не любая истина достоверна, поскольку достоверность – не только истинность, но и обоснованность нашего знания. Любая достоверность истинна, но не всякая истина достоверна. В связи с этим гипотезы, предположения, версии, интуитивные догадки, ссылки на расхожее мнение, слухи и неаргументированные высказывания вполне могут быть истинными, но в силу своей необоснованности и неподтвержденности какими-либо вескими доводами они не отвечают критерию достоверности. Это, например, и является основанием для формирования доказательственной фикции, признающей недопустимыми в качестве доказательств показаний свидетеля, когда он не может указать источник своей осведомленности или показаний потерпевшего и свидетеля, основанных на догадке, предположении, слухе (п. 2 ч.2 ст. 75 УПК РФ). Ведь вполне реальны многочисленные случаи, когда подобные показания истинны (правдоподобны) и согласуются с другими материалами уголовного дела. Однако законодатель сомневается в *обоснованности* их истинности, в связи с чем и вынужден формировать соответствующую норму-фикцию. Поэтому признание недопустимым «внеисточничного свидетельства» происходит не в связи с ложностью или истинностью изложенных сведений, а в связи с их *сугубо вероятным* характером, т. е. недостоверностью сведений.

Вероятное, т. е. проблематичное, неполно обоснованное знание следует признать содержанием доказательственной нормы-фикции. При этом *степень такой вероятности не в состоянии перейти в достоверность* даже при восполнении ее другими процессуальными средствами, а если такие возможности и есть, то они, по мнению законодателя, чрезмерно трудоемки и малоэффективны. Правовые последствия доказательственных фикций связаны не столько с реальностью существования каких-либо фактов или их истинно ложным характером, сколько с их неопределенностью, невозполнимостью, разумными сомнениями в их достоверности. Именно поэтому сложно согла-

¹⁶ Черниловский З. М. Презумпции и фикции в истории права // Советское государство и право. 1984. № 1. С. 104.

¹⁷ Баранов В. М., Курсова О. А. Запоздалые заметки о правовых фикциях. Обзорная рецензия классических трудов Д. И. Мейера, Г. С. Мэна, Г. Ф. Дормидонтова // Проблемы юридической техники. Н. Новгород, 2000. С. 790.

ситься с суждениями о том, что «фикция является предположением о несуществующем факте или о факте, вероятность которого мала или неизвестна»¹⁸, либо о том, что юридические последствия правовой фикции «закон связывает с заведомо несуществующими фактами»¹⁹. Здесь происходит неверное отождествление содержания нормы (реальных общественных отношений) и способа его закрепления средствами юридической техники, благодаря которой «формулировка юридической фикции никогда не включает в явном виде вероятностные суждения»²⁰, однако не может отрицать вероятность наличия описываемых жизненных обстоятельств. Фикции заполняют пробелы неоднозначности в оценке сомнительных фактов (которые реально существуют в доказательственной деятельности и не являются ложными с точки зрения их наличия) путем признания ничтожными юридических последствий их использования в доказательственной деятельности. В таком контексте доказательственные фикции согласуются с назначением уголовного судопроизводства и целью процессуального доказывания, поскольку прием фикции нацелен на получение истинного знания, устранение состояний невосполнимой неизвестности и неразрешимой известности в познании, исключение мнимых и недостоверных оснований доказательно-значимых выводов, ограждение от необоснованного обвинения, гарантированность прав личности в уголовном процессе.

Вероятность лежит в основе не только доказательственных фикций, но и процессуальных презумпций, что и делает эти особые средства доказывания генетически близкими. Однако между фикциями и презумпциями имеются различия. Их суть неоднократно исследовалась в научной литературе, где каждый раз предлагались новые критерии их разграничения²¹.

Большой интерес представляют суждения о роли презумпций и фикций в познавательном (доказательственном) процессе. Так, О. А. Курсова считает, что «фикции и презумпции имеют разное значение по отношению к процессу доказывания. Если презюмирование, по сути, представляет собой познавательный прием, то фикции к процессу познания не имеют решительно никакого отношения. Фикция может использоваться в процессе доказывания по юридическому делу только как формальное доказательство»²². Отказывать фикциям в способности регулировать познавательную деятельность по уголовному делу преждевременно, а тем более в силу запрета заранее установленной силы доказательств (ч. 2 ст. 17 УПК РФ) фикции и последствия их применения недопустимо рассматривать как формальное доказательство, хотя, безусловно, фикции выступают наследием эпохи искусственных доказательств. И фикция, и презумпция являются познавательными приемами за неимением лучших, ког-

¹⁸ Кругликов Л. Л., Зуев Ю. Г. Презумпции в уголовном праве. Ярославль, 2000. С. 50–51.

¹⁹ Зайцев И. Правовые фикции в гражданском процессе // Рос. юстиция. 1997. № 1. С. 35.

²⁰ Баранов В. М., Першин В. Б., Першина И. В. Указ. соч. С. 274.

²¹ См., например: Бабаев В. К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 32–33 ; Марохин Е. Ю. Юридическая фикция в современном российском законодательстве : дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2004. С. 87–88.

²² См.: Курсова О. А. Фикции в российском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2001. С. 19.

да просто нет другого выхода, и те и другие участвуют в процессе доказывания в тех случаях, когда достоверное знание оказывается недостижимым. Именно поэтому они являются особыми процессуальными средствами познания. Однако если презумпции склоняют субъектов доказывания к активной познавательной деятельности, требуя своего опровержения в целях подтверждения отстаиваемой позиции, ориентируют на получение качественно нового знания, то роль фикций – иная, более статичная. Фикции создают условия, в которых доказывание осуществляется в законных пределах, расставляют фильтры для исключения шатких и недостоверных сведений, формируют (как правило) ничтожный результат в оценке сомнительных фактов. В таком аспекте правомерно видеть роль фикций в процессе доказывания в том, что они «являются своеобразной санкцией за невыполнение обязанностей по доказыванию»²³.

Против рассмотрения фикций как особого средства уголовно-процессуального доказывания выступает В. И. Каминская, полагая, что «фикция представляет по своему содержанию просто норму права, т. е. правило, устанавливающее известный порядок человеческих взаимоотношений, и при этом норму, регулиующую отношения материального порядка, отношения объективной действительности, а не отношения, основное содержание которых носит субъективно-психологический характер, как это, несомненно, имеет место в процессе судебного доказывания»²⁴. С такими выводами сложно согласиться, поскольку доказательственные фикции существуют и выполняют свое предназначение в познавательном процессе по установлению либо исключению (что чаще всего и происходит) юридически значимых сведений об обстоятельствах уголовного дела. Особый характер фикции как средства доказывания проявляется не столько в том, что она не приводит к формированию новых доказательств, а сколько в ее включенности в познавательный процесс в той мере, в какой конечная цель доказывания (истина) не может быть достигнута при помощи других более предпочтительных средств доказывания. Применение фикции – это метод принятия решения за неимением лучшего, когда нет другого выхода. Фикция не в состоянии породить новое качественное знание об обстоятельствах преступления, но в силу своей неопровержимости позволяет сформировать такую модель доказывания, при которой будут сформированы, проверены и оценены относимые, допустимые, но главное – достоверные доказательства. Так, познания следователя существенно расширятся за счет допроса свидетелей, которые не могут указать на источник своей осведомленности, однако в доказательственном аспекте это не внесет ничего нового в сумму его знаний, поскольку оно столкнется с невозможностью опровержения фикции, запрещающей внеисточниковое свидетельство (п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ). Поэтому фикция сама по себе является доказательственным юридическим фактом, вызывая определенные правовые последствия по выбраковыванию доказательств. В пользу отнесения фикций к числу средств доказывания выступает выяснение того, что процесс процессуального познания развивается от перехо-

²³ *Нахова Е. А.* Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 15.

²⁴ *Каминская В. И.* Указ. соч. С. 48.

да вероятного знания к достоверному, однако на его пути немало ситуаций невосполнимой неизвестности или неразрешимой известности. Их разрешение привычными средствами и способами доказывания не всегда возможно. И здесь не обойтись без фикций, поскольку «их намеренно деформирующий характер заключается: а) в искусственном уподоблении или приравнивании друг к другу таких понятий и обстоятельств, которые в действительности различны или даже противоположны; б) признании реальными несуществующих обстоятельств и отрицании существующих; в) признании существующими обстоятельств и ситуаций до того, как они стали существовать на самом деле или возникли позже, чем это было в действительности»²⁵. Подобная деформация является проявлением объективных формализованных начал процессуального законодательства, проявляющегося в очерчивании границ свободы внутреннего убеждения, недопущении субъективного произвола.

Основное отличие презумпций от фикций как особых средств доказывания состоит в возможности их опровержения (оспаривания, отрицания). Такая возможность формулируется через средства юридической техники и выступает единственным критерием их разграничения.

Презумпция и фикция выражают предположительное, а не достоверное знание, с помощью которого можно лишь с определенной степенью вероятности судить о существовании тех или иных явлений, событий фактов. При этом презумпция является приблизительным обобщением, которое всегда предполагает исключения, не объявляет выставленное в ней положение непререкаемой истиной. Презюмируемое положение считается верным до тех пор, пока не доказано обратное, т. е. не опровергнуто, поэтому возможность опровержения изначально заложена в презумпции и без нее немыслима. Это вовсе не означает, что любая презумпция во что бы то ни стало должна быть оспорена, а лишь предполагает, что законодатель, вводя презумпцию в текст закона, допускает саму легальную возможность ее отрицания и формулирует внятный порядок такого опровержения. Возможность опровержения презумпции может рассматриваться как право: так, презумпция истинности приговора, вступившего в законную силу, вправе быть опровергнута судом кассационной или надзорной инстанции при его пересмотре. Но оспаривание презумпции может выступать и обязанностью по надлежащему осуществлению уголовно-процессуальной деятельности, как это происходит вследствие презумпции невиновности, возлагающей на сторону обвинения бремя доказывания обвинения и опровержение доводов защиты.

Невозможно согласиться с мнением, что «презумпцию не опровергают, ею руководствуются как принципом»²⁶, поскольку в таком контексте теряется логический смысл презумпции и ее роль в познавательном процессе. Опровержение презумпции следует понимать в том смысле, что «опровергается ее применимость к данному конкретному случаю»²⁷. Лишение презумпции воз-

²⁵ Паныко К. К. Указ. соч. С. 227.

²⁶ Кокорев Л. Д., Кузнецов Н. П. Уголовный процесс : доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С. 253.

²⁷ Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. М., 1973. С. 345.

возможности ее опровержения превращает ее в абсолютную максиму, императивный постулат, непререкаемый вывод, исключительную достоверность и т. п. Невозможность сомневаться в истинности презумпции полностью выхолащивает ее предназначение, состоящее в поиске вероятных исключений из правила, ею предусмотренного, а невозможность опровержения презумпции процессуальными средствами делает ее бессмысленной для законодательной регламентации. Именно поэтому неопровержимая доказательственная презумпция есть доказательственная фикция. Если законодатель не предусмотрел процессуальный механизм опровержения вероятного знания, то он сознательно формулирует не презумпцию, а фикцию, которая не допускает исключений из ситуаций, охватываемых ее правилом, и не дает процессуальных возможностей своего опровержения, даже если правоприменитель в состоянии это сделать. Презумпция благодаря возможности своего опровержения способствует превращению вероятного знания в достоверное, фикция благодаря невозможности своего опровержения вероятное знание лишает своей сущности, превращает в небытие. В связи с этим дискуссия о наличии неопровержимых презумпций, как и опровержимых фикций, несостоятельна – на них смыкаются понятия презумпции и фикции. На это обстоятельство верно обращает внимание В. И. Каминская (хотя сама и выделяет категорию неопровержимых презумпций): «Когда приблизительное обобщение возводится до степени непререкаемой истины, объявляется правилом, не терпящим возражений, положение резко изменяется. Лазейка для нахождения истины, имеющаяся при опровержимых презумпциях, закрывается и, таким образом, в качестве неоспоримого правила объявляется то, что заведомо ложно, или, выражаясь юридически, фикция»²⁸. Именно такой подход и приводит в целом к правильным формулировкам о том, что «сформулированная, в том числе в виде презумпции, фикция очевидна и практически всегда неопровержима»²⁹ либо категоричному выводу о наличии в российском праве только опровержимых презумпций³⁰.

Именно законодательная возможность опровержения вероятного знания в уголовном процессе и является основанием для размежевания доказательственных презумпций и фикций. Изменение предмета регулирования отношений, охватываемых вероятным правилом способно преобразовывать презумпции в фикции и наоборот. Всегда примечательны ситуации, когда одна и та же норма в зависимости от модели уголовного судопроизводства может превращаться из презумпции в фикцию и наоборот. Примером тому является ситуация с правилом о доказательственном значении признания вины обвиняемым. В рамках позитивной теории формальных доказательств собственное признание рассматривалось как полноценное совершенное доказательство, которого достаточно для постановления обвинительного приговора в отсутствие других доказательств. Признание вины «царицей доказательств» следо-

²⁸ Каминская В. И. Указ. соч. С. 52.

²⁹ Никиташина С. А. Юридические предположения в механизме правового регулирования (правовые презумпции и фикции) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Абакан, 2004. С. 14.

³⁰ Нахова Е. А. Указ. соч. С. 6.

вало рассматривать как презумпцию (хотя и виновности), поскольку оставалась возможность ее опровержения самим обвиняемым в связи с самооговором. Смена концепции доказывания с формализованного пути на свободную оценку потребовало изменения отношения к собственно признанию вины – оно не может быть положено в основу обвинения, если не подтверждено совокупностью других доказательств (ч. 2 ст. 77 УПК РФ). Такая норма представляет собой доказательственную фикцию, поскольку не содержит каких-либо возможностей своего опровержения, если подвергать процессуальной оценке единственное «ущербное» доказательство. Важно, что приведенная фикция является продуктом негативной теории формальных доказательств (отрицательной формализации), которая вполне гармонично сочетается с началами свободной оценки доказательств по внутреннему убеждению.

Таким образом, *доказательственная фикция – закрепленная в уголовно-процессуальном законодательстве императивная норма, содержащая неопровержимое предположение о наличии или отсутствии доказательственных фактов. Прием использования доказательственной фикции в уголовном процессе выступает как особое средство доказывания.*

Состояние невозможной неизвестности (неразрешимой известности) – базовая предпосылка существования доказательственных фикций в уголовном процессе. Такое состояние неопределенности в доказывании сопряжено с сомнениями в надлежащих качествах доказательств – их относимости, допустимости, достоверности, а при совокупности доказательств – их достаточности. Затруднения в обосновании надежности этих свойств и приводят к необходимости признания ничтожным их использования в доказывании через прием фикции. Фикция выступает особым средством доказывания в части предрешения вывода об «ущербности» доказательств как основных средств уголовно-процессуального познания. При этом фикция не формирует нового знания об обстоятельствах уголовного дела, она лишь выступает «фильтром», сортирующим юридические факты на те, которые могут вызвать доказательственные последствия, и те, которые не должны быть предметом оценки. Такое понимание позволяет говорить о доказательственных фикциях как юридических фактах, вызывающих вполне определенные правовые последствия. Примечательно, что такая «санитарная» роль фикций является наследием отрицательной теории формальных доказательств, «то есть несколько не похожа на то, что мы привыкли считать теорией законных доказательств. Она не должна учить судью, чем он должен убеждаться; она указывает только судье, чем он не должен предубеждаться. Она не определяет, какую силу имеет каждое доказательство; она только подвергает предварительной сортировке все данные, которые могут быть собраны следствием, исключает из ряда их обманчивые и шаткие, но затем, устранив все сомнения, предоставляет судье из остальных источников сделать по совести вывод о вине или невинности подсудимого»³¹. Парадоксально, но торжество концепции свободного внутреннего убеждения утверждается через элементы формализованного доказывания,

³¹ Спасович В. Д. О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством. М., 2001. С. 69.

что еще раз свидетельствует об эклектичном типе современного доказательственного права.

Нуждается в дополнительном обсуждении и вопрос об отнесении доказательственных фикций к числу формальных доказательств, не имеющих значения для установления объективной истины³². Очевидно, что такие свойства фикции, как ее предрешенность, категоричность и неопровержимость, вполне согласуются с пониманием формального доказательства, сила и значение которого определяется по внешним, формальным признакам. Однако применительно к различным моделям доказывания, соотношение этих средств будет меняться. Для теории формальных доказательств, особенно ее положительного направления, категории фикции и формального доказательства совпадут, поскольку и одно и другое заранее определяют совершенную или несовершенную степень виновности лица. Иная ситуация для концепции свободной оценки по внутреннему убеждению либо родственных ей, смешанных типов, включая отрицательную формализацию – здесь нет формальных доказательств, предрешающих вопрос о виновности, поскольку любая заранее установленная сила аргумента законодательно запрещена. Однако фикции продолжают свое существование, но их предназначение меняется и вполне согласуется с достижением материальной истины. Фикции в таких доказательственных моделях служат ограничением от незаконного и необоснованного осуждения, требуют исключения необоснованного знания в доказывании, являются надежным заслоном на пути проникновения в процесс недоброкачественной информации, выступают гарантами интересов личности в судопроизводстве. Неопровержимость фикции, безусловно, формализует познавательную деятельность, но не в ключе формирования вывода о наличии доказательственно-значимых фактов, а в русле недопустимости необоснованного обвинения и осуждения.

³² См.: Курсова О. А. Указ. соч. С. 19 ; Никиташина С. А. Указ. соч. С. 28.

Воронежский государственный университет

Зотов Д. В., кандидат юридических наук,
доцент, заведующий кафедрой организации судебной власти
и правоохранительной деятельности

Voronezh State University

Zotov D. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor,
Head of the Organization of Judicial Authority
and Law Enforcement Activity Department
E-mail: zotov78@mail.ru

УЧАСТИЕ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА ПРИ ЗАКЛЮЧЕНИИ ДОСУДЕБНОГО СОГЛАШЕНИЯ О СОТРУДНИЧЕСТВЕ

Рассмотрены вопросы нормативно-правового регулирования защиты прав и интересов доверителей при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве.

К л ю ч е в ы е с л о в а: уголовное судопроизводство, досудебное соглашение о сотрудничестве, адвокат-защитник, прокурор.

THE PARTICIPATION OF DEFENSE COUNSEL IN THE CONCLUSION OF A PRE-TRIAL AGREEMENT ON COOPERATION

The article discusses the issues of legal regulation of the protection of the rights and interests of principals when concluding a pre-trial agreement on cooperation.

К e y w o r d s: criminal justice, pre-trial cooperation agreement, defense lawyer, prosecutor.

Поступила в редакцию 18 апреля 2019 г.

Участие адвоката-защитника при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве – норма, закрепленная уголовно-процессуальным законодательством, имеющая под собой и юридические, и нравственно-психологические основания. Поскольку цели соглашения недостаточно конкретно сформулированы законодателем, ученые высказывали различные мнения, в частности, «максимально полное выявление и расследование крупномасштабной особо опасной преступной деятельности»¹. Понимание соглашения в научных кругах с учетом многолетней практики его применения можно выразить как «стимулирование положительных посткриминальных поступков обвиняемого» и следующее за этим положительное подкрепление². Эту схему подтверждают примеры из прокурорской практики.

Так, в августе 2018 г. Ленинский районный суд Тюмени вынес приговор по делу в отношении 26-летнего местного жителя, признанного виновным в совершении преступлений, предусмотренных ч. 3 ст. 30, ч. 5 ст. 228.1 (покушение на незаконный сбыт наркотических средств, психотропных веществ), ч. 3 ст. 229.1 (контрабанда наркотических средств через таможенную границу), п. «г» ч. 1 ст. 30, ч. 4 ст. 228.1 (приготовление к незаконному сбыту наркотических средств), ч. 1 ст. 174.1 УК РФ (легализация денежных средств, приобретенных лицом в результате совершения

¹ Мещеряков В. А., Трухачев В. В. Досудебное соглашение о сотрудничестве : проблемы и мнения // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2012. № 1. С. 404.

² См.: Манова Н. С. Нравственные аспекты и проблемы законодательной регламентации досудебного соглашения о сотрудничестве // Судебная власть и уголовный процесс. 2017. № 4. С. 103.

© Баева Н. А., 2019

преступления). По версии следствия, житель Тюмени в июле 2017 г. создал организованную группу для сбыта наркотических средств и психотропных веществ. На одной из интернет-площадок он открыл интернет-магазин, опубликовал объявление о вакансиях и трудоустройстве в эту структуру. Таким образом, были подобраны четверо курьеров-закладчиков из Тюмени и Тобольска. В октябре 2017 г. организатор группы заказал через сеть «Интернет» партию, которая включала различные синтетические наркотики, амфетамин (психотропное вещество) и гашиш. Часть наркотиков он забрал из тайника в Санкт-Петербурге, другую – из тайника в Тюменском районе. Партия каннабиса была заказана за границей и пришла по почте в октябре 2017 г. В ноябре 2017 г. организатор был задержан, чуть позже были задержаны и заключены под стражу курьеры-закладчики. В результате было изъято более 4,9 кг наркотиков и амфетамина. Организатор преступной группы заключил досудебное соглашение о сотрудничестве, дело в отношении его было выделено в отдельное производство. Ленинский районный суд назначил ему наказание 6 лет 6 месяцев лишения свободы с отбыванием в исправительной колонии строгого режима³.

Полагаем, что этот пример отражает телеологическую сущность досудебного соглашения о сотрудничестве: создание благоприятных условий для раскрытия и расследования тяжких и особо тяжких преступлений посредством привлечения к сотрудничеству участников преступных сообществ. Рассматривая обстоятельства заключения соглашения, адвокат-защитник должен понимать, что все, без исключения, преференции доступны для подозреваемого (обвиняемого) при определенных условиях. Неочевидность, как деструктивный фактор, заложена в законе самим законодателем. На эту особенность соглашения обращали внимание некоторые исследователи, замечая, что не следует буквально толковать это понятие, закрепленное в уголовно-процессуальном законе. По сути, речь идет о согласовании формально допустимой возможности смягчения ответственности⁴.

В соответствии с законом, порядок заявления ходатайства о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве (ст. 317.1 УПК РФ) и порядок рассмотрения ходатайства о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве (ст. 317.2 УПК РФ) – это иерархически обусловленная цепь принятия решений, которая на любом этапе может оборваться. Действия следователя и прокурора обозначены как вероятные, но не очевидные: «вправе выделить в отдельное производство», «вправе заключить соглашение». Между тем в соответствии с нормой ч. 2 ст. 317.1 УПК РФ подозреваемый или обвиняемый в своем ходатайстве о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве уже указывает значимую для следствия информацию, которая будет способствовать расследованию преступления, изобличает подельников, сообщает иные факты, относящиеся к розыску имущества, полученного преступным путем.

³ URL: <https://genproc.gov.ru/smi/news/archive/news-1431260/> (дата обращения: 06.07.2018).

⁴ См.: Великий Д. П. Досудебное соглашение о сотрудничестве в российском уголовном процессе // Журнал рос. права. 2010. № 2. С. 84; Гранкин К. Б., Мильтова Е. В. Проблемы применения норм УПК РФ, регулирующих досудебное соглашение о сотрудничестве // Уголовное право. 2010. № 3. С. 77.

Находясь в состоянии процессуальной неопределенности, подозреваемый или обвиняемый нуждается в профессиональной помощи юриста, компетентного в вопросах права. В связи с этим законодатель предусмотрел обязательное участие адвоката-защитника, которого может пригласить сам подозреваемый (обвиняемый), его законные представители или иные лица. В таком случае отношения оформляются соглашением об оказании юридической помощи. В остальных случаях участие адвоката-защитника обеспечивает следователь. Эта процедура достаточно хорошо отработана, контроль за соблюдением графика участия адвокатов по назначению органов дознания, предварительного следствия, суда возложен на адвокатскую палату соответствующего субъекта. Теоретически это исключает проникновение в процесс так называемых «карманных» адвокатов, действующих в интересах следователя. Однако существует мнение, что адвокат «должен найти психологический контакт» и убедить доверителя в необходимости сотрудничества со следствием⁵. Категорически не согласны с такой позицией.

Вне зависимости от юридических оснований возникновения правоотношений адвоката-защитника со своим доверителем, полномочия защитника и Стандарты процессуальной деятельности, утвержденные Федеральной палатой адвокатов РФ, реализуются в полном объеме. Обязанности защитника состоят в защите прав и интересов доверителя, оказании юридической помощи по делу. Консультируя доверителя по условиям заключения досудебного соглашения о сотрудничестве, адвокат-защитник должен обратить внимание доверителя на требование нормы ч. 2 ст. 62 УК РФ – отсутствие отягчающих обстоятельств. В тех случаях, когда назначенный или приглашенный адвокат не рекомендует подозреваемому (обвиняемому) заключать досудебное соглашение о сотрудничестве на условиях, предложенных следствием, у него есть возможность разъяснить свою позицию доверителю. Если доверитель настаивает на заключении соглашения о сотрудничестве, адвокату следует принять позицию доверителя. Отказаться от принятой на себя защиты или действовать вопреки воле доверителя адвокат-защитник не имеет права, но, подписывая протокол о заключении досудебного соглашения, адвокат может указать обстоятельства, которые, на его взгляд, нарушают права его подзащитного в той или иной форме.

Ходатайство о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве подается на имя прокурора. Следует отметить, что ходатайство подается до объявления об окончании предварительного следствия. Это значит, что у стороны защиты в лице подозреваемого (обвиняемого) и защитника есть доступ только к тем протоколам следственных действий, которые производились с его (подозреваемого, обвиняемого) участием, и решение о сотрудничестве с органами следствия принимается в условиях дефицита информационных ресурсов. Недостаточность информационных ресурсов – это обстоятельство, усугубляющее проблему выбора. В соответствии с ч. 2 ст. 317.1 УПК РФ содержание ходатайства (информативная часть) носит довольно неопределенный характер.

⁵ См.: Мельников В. Ю. Значение участия защитника в уголовном процессе // Адвокатская практика. 2018. № 2. С. 36.

Конечно, практика применения наполняет формулировки «действия в целях содействия следствию, раскрытию и расследовании преступления, розыске имущества» конкретикой и достоверными данными, убеждающими должностных лиц, ответственных за принятие решения в полезности информации, которой владеет подозреваемый или обвиняемый. Ответственность в случае принятия решения о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве лежит на стороне защиты, адвокат и его доверитель должны при этом осознавать, что показания могут быть использованы стороной обвинения в качестве доказательств по делу, даже если подозреваемый (обвиняемый) в дальнейшем откажется от них.

На этапе подачи ходатайства адвокат должен пояснить своему доверителю, что он отказывается от одного из основополагающих принципов обеспечения прав и интересов подозреваемого (обвиняемого) в уголовном процессе, закрепленном в Конституции РФ – свидетельского иммунитета. В постановлении Конституционного Суда РФ от 20 июля 2016 г. № 17-П «По делу о проверке конституционности положений ч. 2 и 8 ст. 56, ч. 2 ст. 278 и главы 40.1 УПК РФ в связи с жалобой гражданина Д. В. Усенко» суд поясняет, что подозреваемый (обвиняемый), принимая на себя обязательства о даче полных и правдивых показаний, не должен понимать это как нарушение презумпции невиновности или своего конституционного права не свидетельствовать против себя самого. Конституционный Суд обосновывает свою позицию тем, что решение о сотрудничестве принимается добровольно, после консультации и при непосредственном участии адвоката-защитника, это решение закрепляется письменной формой волеизъявления путем подачи ходатайства. Конституционный Суд при этом руководствуется сложившейся судебной практикой Европейского суда по правам человека, рассматривающей уменьшение объема обвинения или строгости наказания в случае признания своей вины до проведения судебного разбирательства или в обмен на результативное сотрудничество со следствием как специфическую особенность уголовной юстиции европейских государств⁶.

Уголовно-процессуальный закон наделяет прокурора полномочием вынести постановление об отказе в удовлетворении ходатайства о заключении досудебного соглашения о сотрудничестве. В качестве оснований для принятия такого решения может быть отсутствие конкретных предложений со стороны защиты по реализации содействия раскрытию и расследования преступления, формальные по сути и содержанию (с позиции прокурора) положения, взятые из ч. 2 ст. 317.1 УПК РФ: «всеми способами раскрыть преступление и содействовать установлению сообщников». По смыслу ст. 317.2 УПК РФ такое постановление может быть обжаловано следователем, вынесшим постановление о возбуждении перед прокурором ходатайства о заключении соглашения и участниками со стороны защиты – подозреваемым (обвиняемым) и его адвокатом, при этом жалобы подаются вышестоящему прокурору.

⁶ См.: Постановления ЕСПЧ: от 17 сентября 2009 г. по делу «Скоппола против Италии»; от 29 апреля 2014 г. по делу «Нацвлишвили и Тогонидзе против Грузии»; от 23 февраля 2016 г. по делу «Навальный и Офицеров против России».

Для того чтобы обеспечить единство правоприменительной практики и практики прокурорского надзора, 15 марта 2010 г. Генеральным прокурором РФ был издан приказ № 107 «Об организации работы по реализации полномочий прокурора при заключении с подозреваемыми (обвиняемыми) досудебных соглашений о сотрудничестве по уголовным делам». Помимо перечислений положений УПК РФ, которые следует соблюдать (наличие ходатайства следователя, согласованного с руководителем следственного органа, в случае отказа следователя в заключении соглашения о сотрудничестве руководствоваться требованиями, содержащимися в ст. 123 и 124 УПК РФ и т. д.), в приказе № 107 имеются конкретные указания на действия подозреваемого (обвиняемого), которые следует включать в текст ходатайства подозреваемого (обвиняемого), желающего заключить досудебное соглашение о сотрудничестве. Помимо указанных в ч. 2 ст. 317.1 УПК РФ, ходатайство должно содержать перечисление конкретных действий подозреваемого (обвиняемого): добровольное участие в следственных действиях, которые проводятся не только по возбужденному уголовному делу, но и по другим делам; участие в оперативно-розыскных мероприятиях, которые способствуют выявлению готовящегося, совершаемого или совершенного преступления; сообщать следствию информацию о структуре преступной организации, ее составе и руководителях)⁷. Содержание приказа Генерального прокурора № 107 попытались максимально приблизить к реалиям жизни: в п. 1.5 от прокурора требуется обращать внимание на возможность выполнения взятых на себя подозреваемым (обвиняемым) обязательств и оценивать перспективность сотрудничества с ним (п. 1.9 приказа № 107). Руководящие разъяснения, содержащиеся в приказе № 107, требуют составлять текст соглашения при участии следователя, подозреваемого (обвиняемого) и его защитника, а предложения, поступившие от стороны защиты, оформлять в письменном виде и приобщать к соглашению.

Анализ содержания соглашений о сотрудничестве, заключенных с 2009 по 2018 г., указал на некоторые нарушения уголовно-процессуального закона и законодательства об адвокатуре, которые были допущены адвокатами-защитниками.

Так, в досудебном соглашении о сотрудничестве, заключенном в г. Ростове-на-Дону в декабре 2012 г., в последнем пункте указано: *при отсутствии обстоятельств,отягчающих наказание, прокурором в суд будет заявлено ходатайство о назначении Калининой О. И. (здесь и далее фамилии изменены. – Н. Б.) наказания с учетом обстоятельств, предусмотренных п. «и» ч. 1 ст. 61 УК РФ, а также ч. 2 и 4 ст. 62, ст. 64 УК РФ.*

Адвокаты должны были выяснить сущность предъявленного обвинения или подозрения, ознакомиться с документами, составленными с участием доверителя, потребовать предъявить документы, которые предъявлялись или должны были быть предъявлены подзащитному. Условия заключения соглашения требуют проведения доверительной беседы об обстоятельствах со-

⁷ В одном из соглашений, заключенном в г. Воронеже в 2010 г., на обвиняемого, помимо прочего, было возложено обязательство «не затягивать ход предварительного расследования». Анализ прокурорской практики показал, что в настоящее время подобного рода требования, которые достаточно сложно выполнить, уже не встречаются.

вершенного преступления. Такая возможность у адвоката и его подзащитного имеется в соответствии с нормами п. 3 ч. 4 ст. 46 и п. 9 ч. 4 ст. 47, п. 1 ч. 1 ст. 53 УПК РФ. Кроме того, адвокат-защитник может прервать ненадолго следственное действие для проведения краткой консультативной беседы с подзащитным в присутствии следователя (ч. 2 ст. 53 УПК РФ). Даже если подозреваемый (обвиняемый) не идет на контакт с адвокатом-защитником, он должен объяснить ему положения закона об отягчающих обстоятельствах и последствия их выявления в дальнейшем. Прямое указание в тексте соглашения на возможное выявление отягчающих обстоятельств – проявление недостаточно тщательной работы, проделанной адвокатом-защитником на этапе заявления ходатайства и подготовки текста соглашения о сотрудничестве.

Нередко содержание соглашения имеет формулировки, имеющие неоднозначную интерпретацию. Пример из досудебного соглашения о сотрудничестве, подписанного в июле 2014 г. в г. Люберцы: *...обвиняемая Голубева О. С. ОБЯЗУЕТСЯ:...оказывать максимально возможное содействие в получении доказательств по уголовному делу, придерживаясь позиции активного содействия расследованию.* Полагаем, что включать в соглашение оценочное суждение «максимально возможное содействие» недопустимо, поскольку приводит к неоднозначным интерпретациям действий подозреваемого (обвиняемого).

Еще одно нарушение, часто встречающееся в соглашениях – включение в текст речевых оборотов, предполагающих оценочные суждения, выведенных из содержания ч. 2 ст. 317.5 УПК РФ. Прокурор обязан проверить и в своем представлении об особом порядке проведения судебного заседания и вынесения судебного решения удостоверить полноту и правдивость сведений, раскрытых подозреваемым (обвиняемым). Но в соглашениях встречаются указания на «ложные сведения» – определение, которое предполагает интерпретацию; кроме того, в ст. 317.8 УПК РФ в качестве оснований пересмотра приговора содержится указание на прямой умысел. Умышленное сообщение ложных сведений – это осознанное и намеренное введение в заблуждение следствия, понятие «ложные сведения» может быть распространено на иллюзию восприятия, искажение памяти и добросовестное заблуждение относительно сообщаемой следствию информации. Указание на «*существенные обстоятельства совершенных преступлений*» предполагает не только наличие у подозреваемого (обвиняемого) знаний о понятии «состав преступления», но и профессиональную вовлеченность в процесс расследования. В связи с этим адвокат-защитник должен исключить подобные формулировки из досудебного соглашения о сотрудничестве.

Изменения, внесенные в ст. 317.3 УПК РФ 3 июля 2016 г., в некоторой степени устраняют пробелы, нарушающие права подозреваемых (обвиняемых), вскрывшиеся в результате правоприменительной практики. Так, в соответствии с ч. 2.1 ст. 317.3 УПК РФ при составлении соглашения прокурор обязан разъяснить подозреваемому (обвиняемому), что в случае отказа дать показания на своих подельников в суде, они все равно будут использованы в качестве доказательств. Прокурор разъясняет, что в случае обнаружения умысла при даче показаний, основанных на лжи, или умысла при сокрытии от следствия

существенных сведений или несоблюдения принятых на себя обязательств приговор может быть пересмотрен. Однако положение ч. 2.1 ст. 317.3 УПК РФ не снимает с адвоката-защитника обязанности объяснить своему доверителю негативные последствия, предусмотренные ст. 317.8 УПК РФ.

Приведенные примеры вскрывают некоторую часть проблем, возникающих у адвоката-защитника при оказании юридической помощи доверителю в случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве. Добросовестно используя процессуально-правовые средства, адвокат-защитник может способствовать удовлетворению интересов своих доверителей, создавая условия для их активности, инициативы, предприимчивости (как не парадоксально это звучит применительно к уголовному судопроизводству), обеспечивая своим участием баланс интересов участников процесса со стороны обвинения и со стороны защиты.

*Центральный филиал Российского государственного
университета правосудия (г. Воронеж)*

***Баева Н. А.**, кандидат юридических наук, доцент кафедры
уголовно-процессуального права*

Central Branch of the Russian State University of Justice (Voronezh)

***Baeva N. A.**, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
of the Criminal Procedural Department
E-mail: baeva.nata@mail.ru*

О ПРАВОВОМ ПОЛОЖЕНИИ ПОТЕРПЕВШЕГО В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ ИСПАНИИ

Статья посвящена положению потерпевшего в уголовном процессе Испании. Автор изучает международные нормы и национальное законодательство Испании. Большое внимание уделяется имплементации в Королевстве европейских директив. Подробно анализируется деятельность Службы помощи потерпевшим. Доказано, что Испания исходит из широкого понимания категории «потерпевший». К л ю ч е в ы е с л о в а: жертва преступления, ЕС, Испания, Закон 4/2015 «О статусе жертв преступления», Служба помощи потерпевшим.

ON THE LEGAL STATUS OF THE VICTIM IN THE CRIMINAL PROCESS IN SPAIN

The article is devoted to the position of the victim in the criminal process of Spain. The author studies international norms and Spanish legislation. Great attention is paid to the implementation of European directives in Spain. The activities of the Service for the Protection of the Rights of Victims are analyzed in detail. It is proved that Spain proceeds from a broad understanding of the category of «victim».

К е у w o r d s: victim of crime, EU, Spain, Act 4/2015 on the Status of Victims of Crime, Office for Assistance of Victims of Crime.

Поступила в редакцию 15 апреля 2019 г.

Как подчеркивают испанские ученые-исследователи¹, в последнее время в Испании уделяется внимание защите прав жертв преступлений намного больше, чем в другой европейской стране. Для такого утверждения имеются все основания.

Правовой статус потерпевших в королевстве определяется как международными документами (конвенциями ООН, Совета Европы, документами ЕС и др.), так и национальным законодательством (УПК², актами имплементационного характера и др.). В числе последних следует назвать Закон 4/2015 «О статусе жертв преступления»³ (далее – закон 2015 г.), Королевский декрет 1109/2015 «О службе помощи потерпевшим от преступлений»⁴ и некоторые другие.

¹ См.: *Caravacas L. C. Política social y asistencia a las víctimas de delitos en España: del reconocimiento legal a la protección social. Contribuciones a las Ciencias Sociales. 2011 ; Feixa M. A. C. Aspectos prácticos del estatuto de la víctima del delito, en el proceso penal (Fase de instrucción). Magistrada del Juzgado de Instrucción número 24 de Barcelona Actividad Formativa El Estatuto de la Víctima. 21/04/17 ; и др.*

² Código procesal Penal. URL: http://noticias.juridicas.com/base_datos/la_ley-de-Enjuiciamiento-Criminal-de-1882.html

³ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-4606>

⁴ Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito. URL: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-14263>

Закон 2015 г. предлагает органам государственной власти широкие юридические и социальные меры, которые в рамках уголовного процесса не только помогают устранить ущерб, нанесенный жертве преступления, но и сводят к минимуму травматические последствия преступления в моральном плане.

Закон 2015 г. закрепил каталог прав жертвы, с одной стороны, путем транспозиции соответствующих европейских норм, а с другой – учитывая требования испанского общества.

Законом 2015 г., в частности, была произведена имплементация документов ЕС: Директивы 2011/92/ЕС Европейского парламента и Совета о борьбе с сексуальным насилием и сексуальной эксплуатации детей и детской порнографии⁵, Директивы 2011/36/ЕС Европейского парламента и Совета от 5 апреля 2011 г. по предотвращению и борьбе с торговлей людьми и защиты жертв⁶; Директивы 2012/29/ЕС Европейского парламента и Совета от 25 октября 2012 г., в которой устанавливаются минимальные стандарты в отношении прав, поддержки и защиты жертв преступлений⁷.

В законе 2015 г. предложена унитарная концепция жертвы преступления, включающая в себя понятие «косвенной жертвы», а также иные положения, вытекающие из международных обязательств Испании (например, из Конвенции о защите всех лиц от насильственных исчезновений⁸).

В законе 2015 г. каталогизированы как процессуальные, так и внепроцессуальные права потерпевших. Однако при этом признаются и дополнительные права отдельных лиц, вытекающие из других документов (например, защита жертв терактов и др.).

В целом закон 2015 г. применяется:

во-первых, к любому физическому лицу, которому причинен вред или вред его имуществу, включая физический или умственный ущерб, эмоциональный вред или экономические потери, непосредственно причиненные преступлением (прямая жертва);

во-вторых, в случае смерти или исчезновения лица в результате преступления (косвенная жертва), в частности:

1) к юридическому или фактическому супругу жертвы, а также детям его/ее либо супруга, которые не были отделены во время смерти или исчезновения от проживающего/ей с ними потерпевшего/ей;

2) к лицу, которое до момента смерти или исчезновения было привязано к жертве или проживающим с ним детям; их родителям и родственникам, находящимся под их опекой, либо лицам, находящимся под их опекой или попечительством, или находящимся под опекой семьи жертвы;

⁵ Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment Text with EEA relevance // OJ L 26, 28.1.2012. P. 1–21.

⁶ Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA // OJ L 101, 15.4.2011.

⁷ la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo // OJ L 315, 14.11.2012. P. 57–73.

⁸ URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/disappearance.shtml

3) в случае, если вышеуказанных лиц нет, к другим родственникам по прямой линии. При этом предпочтение отдается тем лицам, которые будут осуществлять юридическое представительство жертвы в процессе (ст. 2 закона 2015 г.).

Вместе с тем поддержка жертвы осуществляется не только в судопроизводстве, но и в дополнительных измерениях. Она основана на широкой концепции защиты. Потерпевшему предоставляются:

во-первых, максимальные возможности для осуществления и защиты своих прав с уменьшением ненужных процедур, допускающих вторичную виктимизацию;

во-вторых, информация о его правах и задачах компетентных органов в сфере гуманного обращения и возможности сопровождения лица во всех процессуальных действиях.

Права, изложенные в законе 2015 г., распространяются на всех потерпевших от преступлений, как совершенных в Испании, так и за рубежом. Они признаются по всем уголовным делам, рассматриваемым в Королевстве, независимо от места совершения преступления (в стране ЕС), гражданства жертвы и места ее постоянного жительства.

В законе 2015 г. дается перечень прав, общих для всех потерпевших, которые действуют на протяжении всего уголовного судопроизводства. В их числе: право на признание в качестве потерпевшего; право на информацию, право на защиту; право на активное участие в процессе, право на справедливое обращение и др.

В частности, право на информацию сформулировано достаточно широко (ст. 5 закона 2015 г.). Сведения излагаются доступным языком и должны информировать потерпевшего: о доступных мерах защиты и способах их осуществления; праве на юридические консультации и правовую защиту; праве на переводчика; праве на получение помощи потерпевшему, проживающему в другой стране ЕС; праве на обжалование бездействия правоохранительных органов; данных для контактов; доступе к восстановительному правосудию; возмещении судебных расходов.

Право жертвы как заявителя о совершенном в отношении его преступлении включает в себя, в частности, право: на получение копии жалобы; бесплатную помощь переводчика при подаче жалобы; получение информации о некоторых этапах уголовного дела.

Право на перевод включает в себя предоставление переводчика при первичном допросе и в дальнейшем процессе, а также бесплатный и письменный перевод всей важной информации, включая решение о прекращении дела или назначении места и времени судебного разбирательства (ст. 9 закона 2015 г.).

Закон уделяет особое внимание защите детей, которые находятся в условиях гендерного насилия или насилия в семье. Он гарантирует несовершеннолетним доступ к службам социальной помощи и закрепляет специальные защитные меры в их отношении.

Потерпевшему гарантируется право участвовать в уголовном процессе в соответствии с нормами УПК. Особенно детализируются положения о возможности обжалования действий следствия (ст. 11); признании права на получение понесенных расходов; режиме соблюдения осужденным наказания; исполнении

приговора в отношении гражданских обязанностей и конфискации, возможно-сти досрочного освобождения (ст. 13).

Потерпевший, участвовавший в процессе, вправе получить возмещение понесенных расходов и процессуальных издержек (ст. 14). Кроме того, признается право на немедленное возвращение имущества жертвы, за исключением случаев, когда оно необходимо для интересов судопроизводства.

В законе 2015 г. содержится отсылка к работе служб восстановительного правосудия (*Servicios de justicia restaurativa*⁹). Потерпевшие могут получить доступ к службам восстановительного правосудия в соответствии с условиями, установленными правилами, для получения адекватной материальной и моральной компенсации за ущерб, причиненный преступлением (ст. 15). Статут подчеркивает моральное неравенство, существующее между потерпевшим и нарушителем. Поэтому оказание помощи имеет в качестве своего основания свободное и осознанное согласие жертвы.

В законе 2015 г. рассматриваются конкретные меры защиты для определенных типов жертв. Указанные меры защищают от репрессий, запугивания, вторичной виктимизации, психического ущерба и посягательств на достоинство во время допросов и очных ставок, предотвращение контакта потерпевшего с правонарушителем и другими лицами по усмотрению суда.

Во избежание вторичной виктимизации предусмотрено, в частности, немедленный прием заявления от потерпевшего, сокращение количества медицинских осмотров до минимума, право на сопровождение не только от жертвы, но и представителя.

Согласно Королевскому декрету 1109/2015, Служба помощи жертвам преступлений имеет своей целью: а) обеспечение всесторонней скоординированной и специализированной помощи потерпевшим; б) осуществление конкретных правового, психологического и социального характера¹⁰. Отделения Службы помогают жертвам с целью свести к минимуму первичную виктимизацию и, как пишет А. Г. Берналь, по возможности, избежать вторичной¹¹. Отделения Службы составляют индивидуальные планы помощи и координируют свою деятельность со всеми компетентными службами¹².

Помощь осуществляется в четыре этапа:

1. Стадия ориентации, которая проводится посредством собеседования с пострадавшим и направлена на осознание им своих проблем и потребностей, анализ возможного использования предоставляемых ресурсов.

2. Информационный этап, который адаптируется к обстоятельствам и личностным особенностям жертвы, характеру совершенного преступления и понесенному вреду.

3. Этап вмешательства, который может быть правовым, психологическим и социальным.

⁹ URL: <https://www.justizia.eus/justicia-restaurativa>

¹⁰ Oficina de Asistencia a las Víctimas. URL: <https://www.cantabria.es/web/direccion-general-justicia/oficina-asistencia-victimas-delito>

¹¹ См.: *Amparo Gracia Bernal*. Oportunidades de la justicia restaurativa tras la entrada en vigor del estatuto de la víctima. URL: <http://www.fes-sociologia.com/files/congress/12/papers/3510.pdf>

¹² См.: *Marco R. M.* Asistencia a la víctima. URL: <http://crimina.es/crimipedia/wp-content/uploads/2015/07/Asistencia-a-la-victima.pdf>

4. Этап контроля, осуществляемый на протяжении всего процесса и в течение определенного времени после его завершения.

Офисы Службы помощи жертвам рассредоточены по всем провинциям и автономиям Испании¹³. Конкретные меры защиты принимаются в соответствии с характером личности, преступлением и его обстоятельствами, субъектом ущерба и его серьезностью или уязвимостью жертвы¹⁴.

Кроме того, конкретные меры защиты для групп, которые не имеют специального законодательства, в частности детей, ставших жертвами жестокого обращения, эксплуатации или детской порнографии, жертвы торговли людьми включают в себя людей с ограниченными возможностями и других групп¹⁵.

Как видим, закон не только отвечает минимальному требованию, установленному европейским законодателем (Директива 2012/29/ЕС), но и перекрывает его. Происходит перенос сферы тяжести с процессуальных гарантий и прав обвиняемого, подсудимых и осужденных на статус потерпевших.

Таким образом, испанский подход к категории «потерпевший» основан на широкой концепции «жертвы» – от любого преступления и независимо от характера физического, морального или материального ущерба. Она включает в себя как прямую, так и косвенную жертву (включая родственников и некоторых иных лиц). Наличие Службы помощи жертвам преступлений и ее деятельность гарантируют лучшее соблюдение прав пострадавших.

Как известно, интересы жертв преступлений в Российской Федерации стоят у наших правоохранителей далеко не на первом (и даже не на втором) месте. В этом отношении испанский опыт защиты потерпевших может быть полезен российским законодателям.

¹³ URL: <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ciudadanos/victimas/sucesos-victimas-multiples>

¹⁴ См.: *Carolina Villacampa Estiarte*. Los modelos de asistencia a las víctimas del delito: situación en España y perspectiva comparada // Revista General de Derecho Penal. №. 27. MAYO, 2017.

¹⁵ URL: <https://www.elmundo.es/espana/2018/11/28/5bfeb49721efa0bf7f8b469c.html>

Воронежский государственный университет

Бирюков П. Н., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права, международного права и сравнительного правоведения

Voronezh State University

*Biriukov P. N., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Theory of State and Law, International Law and Comparative Law Department
E-mail: birukovpn@yandex.ru*

ВОЗБУЖДЕНИЕ СУИЦИДАЛЬНОГО ПОВЕДЕНИЯ ПУТЕМ СКЛОНЕНИЯ К САМОУБИЙСТВУ В КОНТЕКСТЕ ПРОБЛЕМЫ «АССИСТИРОВАННОГО САМОУБИЙСТВА»

Рассматриваются изменения и дополнения, внесенные в уголовный закон в связи с усилением ответственности за доведение до самоубийства и имплементацией новых форм содействия суициду. Анализируются научные подходы к содержанию понятия «ассоциированное самоубийство» и делается вывод о его фактической криминализации путем введения ответственности за содействие самоубийству в отношении потерпевшего, находящегося в беспомощном состоянии.

К л ю ч е в ы е с л о в а: преступление, наказание, самоубийство, потерпевший, беспомощное состояние, медицинский работник, уголовная ответственность.

INITIATION OF SUICIDAL BEHAVIOR BY INDUCING SUICIDE IN THE CONTEXT OF THE PROBLEM OF «ASSISTED SELF MURDER»

The article discusses changes and additions made to the criminal law in connection with the increased responsibility for bringing to Suicide and the implementation of new forms of suicide promotion. Scientific approaches to the content of the concept of «associated murder» are analysed and it is concluded that it is criminalized by imposing responsibility for promoting suicide against a victim in a helpless state.

К e y w o r d s: Crime, punishment, suicide, victim, helpless state, medical worker, criminal liability.

Поступила в редакцию 15 апреля 2019 г.

Институт уголовной ответственности за доведение до самоубийства в настоящее время относится к числу динамически развивающихся, о чем свидетельствует комплекс изменений и дополнений, внесенных в уголовный закон в 2017 г. Анализ их совокупности позволяет утверждать, что уголовная ответственность за доведение до самоубийства, с одной стороны, была усилена, а с другой – дифференцирована. Первый тезис подтверждается следующим. Во-первых, из санкции ст. 110 УК РФ было исключено наказание в виде ограничения свободы, повышен нижний предел наказания в виде лишения свободы с двух месяцев до двух лет, а верхний предел – с пяти до шести лет, а также введено дополнительное наказание в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до семи лет. Во-вторых, Федеральным законом от 7 июня 2017 г. № 120-ФЗ¹ доведение до самоубийства было дополнено совокупностью

¹ О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в части установления дополнительных механизмов противодействия деятельности, направленной на побуждение детей к суицидальному поведению : федер. закон от 7 июня 2017 г. № 120-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

квалифицирующих признаков, характеризующих как потерпевшего, так и способ совершения преступления, его групповой характер, а именно доведение до самоубийства, совершенное: в отношении несовершеннолетнего или лица, заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии либо в материальной или иной зависимости от виновного; в отношении женщины, заведомо для виновного находящейся в состоянии беременности; в отношении двух или более лиц; группой лиц по предварительному сговору или организованной группой; в публичном выступлении, публично демонстрирующемся произведении, средствах массовой информации или информационно-телекоммуникационных сетях (включая сеть «Интернет»).

Дифференциация уголовной ответственности прослеживается в криминализации новых форм возбуждения суицидального поведения: склонение к совершению самоубийства или содействие совершению самоубийства, а также организация деятельности, направленной на побуждение к совершению самоубийства (ст. 110.1, 110.2 УК РФ). С учетом обозначенной темы представляется необходимым акцентировать внимание на положениях ч. 2 ст. 110.1 УК РФ, устанавливающих ответственность за содействие совершению самоубийства. Так, в качестве способов такого уголовного закон предусматривает информационную (советы, указания, предоставление информации) и фактическую (предоставление средств или орудий совершения самоубийства, устранение препятствий к его совершению) помощь. Заметим, что, определяя сущность и содержание понятия «содействие» в ч. 2 ст. 110.1 УК РФ, законодатель практически полностью заимствует положения ч. 5 ст. 33 УК РФ, определяющие такую форму соучастия, как пособничество, в том числе и в части способов такого. В совокупности с положениями п. «а» ч. 3 ст. 110.1 УК РФ о совершении данного деяния в отношении лица, заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии, это может трактоваться как «ассистированное самоубийство».

Наиболее употребим данный термин в странах общей системы права, где им обозначают так называемую пассивную эвтаназию, т. е. оказываемое медицинским работником содействие больному при его самостоятельном уходе из жизни. Следует отметить, что в данном контексте право на жизнь рассматривается в несколько ином значении, чем оно закреплено в ч. 1 ст. 20 Конституции РФ, т. е. не как собственно неотчуждаемое, базовое право человека, а в совокупности с правом на определенное качество жизни и правом на достойную смерть². В сравнительно-правовых исследованиях указывается на наличие отчетливой тенденции к отказу от внешнего вмешательства государства в реализацию указанной выше совокупности прав в США и Канаде, что фактически привело к декриминализации ассистированного самоубийства в ряде североамериканских штатов³.

Оставляя в стороне морально-этическую сторону проблемы, обратимся к ее уголовно-правовому содержанию. В связи с этим возникает вопрос о возможности отождествления положений ч. 2 ст. 110.1 УК РФ с эвтаназией. В справочной литературе названным термином обозначают «намеренное ускорение смерти

² См.: Крылова Н. Е. Ответственность за доведение до самоубийства и причастность к самоубийству другого лица по уголовному праву Российской Федерации : оценка законодательных новелл // Уголовное право. 2018. № 1. С. 80.

³ См.: Малешина А. В. Преступления против жизни в странах общего права. М., 2017. С. 171.

или умерщвление неизлечимого больного с целью прекращения его страданий»⁴. Экстраполируя данное определение в плоскость понятийного аппарата, используемого в уголовном праве, рискнем предположить, что эвтаназия представляет собой умышленное деяние (действие либо бездействие) медицинского работника, осуществляемое в соответствии с волеизъявлением пациента, направленное на прекращение его физических и психических страданий, в результате которых наступает его смерть. В доктрине уголовного права еще до введения в действие ст. 110.1 УК РФ понятия «эвтаназия» и «ассистированное самоубийство» достаточно часто отождествлялись. В частности, А. А. Рерихт определяет последнее как вид эвтаназии, отличительной чертой которого является то, что медицинский работник оказывает лишь консультационную помощь либо снабжает больного необходимыми лекарственными средствами, а непосредственно самоубийство он совершает сам⁵. Компромиссной позиции придерживается В. А. Хрущева, указывая, что эвтаназия – это содействие самоубийству, сочетающее в себе признаки обоих преступлений⁶.

Позволим себе не согласиться с приведенными утверждениями по нескольким причинам. Во-первых, активная и пассивная эвтаназия не предполагает совершения деяния различными субъектами – медицинским работником и больным. В данном случае градация осуществляется по виду деяния: если речь идет о лишении жизни путем активных действий (например, введение смертельной дозы лекарственного препарата), то можно говорить об активной эвтаназии, если же имеет место бездействие (например, прекращение терапевтического лечения, отказ от оказания паллиативной медицинской помощи), то эвтаназия детерминруется как пассивная. Однако и в последнем случае бездействие является намеренным, т. е. осуществляется с целью прекращения жизни больного. Во-вторых, «ассистированное самоубийство» имеет единственное сходство с эвтаназией – оно осуществляется при сходных обстоятельствах, когда при обращении пациента, страдающего неизлечимым заболеванием, медицинский работник оказывает ему помощь в самостоятельном уходе из жизни. Как уже было отмечено, такая помощь может быть либо информативной (например, консультация о необходимой дозе смертельного лекарственного препарата), либо фактической (медицинский работник прописывает пациенту соответствующий препарат). Во всех случаях действия, приводящие к смерти, т. е. собственно самоубийство совершает сам пациент. Суть же эвтаназии заключается именно в убийстве другого лица, что влечет за собой ответственность по ст. 105 УК РФ.

Таким образом, если исходить из тезиса о том, что ч. 2 ст. 110.1 УК РФ криминализируется как «ассистированное самоубийство», то можно констатировать наличие у него нескольких характерных признаков: 1) в качестве субъекта данного преступления выступает медицинский работник, что делает его специальным относительно общего субъекта привлечения к уголовной ответственности по ст. 110–110.2 УК РФ; 2) объективная сторона преступления характеризуется совершением действий (бездействия), которое определяется как содействие самоубийству и в совокупности с положениями ч. 5 ст. 33 УК РФ функционально ставит медицинско-

⁴ Большой энциклопедический словарь. СПб., 2001. С. 1236.

⁵ См.: Рерихт А. А. Ассистирование при самоубийстве (реферативный обзор) // Реферативный журнал. 2012. № 3. С. 179.

⁶ См.: Хрущева В. А. Эвтаназия : за и против // Образование и наука без границ : социально-гуманитарные науки. 2015. № 1. С. 101.

го работника в положение фактического пособника в совершении самоубийства; 3) потерпевшим в данном случае является лицо, находящееся в беспомощном состоянии ввиду неизлечимой болезни, обратившееся с просьбой о содействии самоубийству, которая вызвана различными причинами, например тяжестью состояния, непереносимыми физическими страданиями, перспективой инвалидности и, соответственно, изменением качества жизни и т. д. Уголовная ответственность медицинского работника может наступить как за содействие самоубийству при наличии рассматриваемого квалифицирующего признака, характеризующего состояние потерпевшего (ч. 3 ст. 110.1 УК РФ), так и за то же деяние, повлекшее самоубийство или покушение на самоубийство лица, заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии (ч. 5 ст. 110.1 УК РФ). В первом случае медицинскому работнику может быть назначено наказание в виде принудительных работ на срок до четырех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет или без такового либо лишение свободы на срок до четырех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет или без такового; во втором – лишение свободы на срок от шести до двенадцати лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до семи лет или без такового.

Бесспорно, перечень обозначенных признаков, характеризующих «ассистированное самоубийство», не является исчерпывающим. Поднятая проблема нуждается в дополнительном научном осмыслении, в том числе и в контексте общей концепции института уголовной ответственности медицинских работников, возможной декриминализации эвтаназии и, следовательно, содействия самоубийству в общем русле содержания и соотношения таких понятий, как право на жизнь, право на определенное качество жизни и право на достойную смерть.

*Центральный филиал Российского государственного
университета правосудия (г. Воронеж)*

Авдеев М. А., кандидат юридических наук,
профессор кафедры уголовно-процессуального права

Колмаков А. О., магистрант

Central Branch of the Russian State University of Justice (Voronezh)

Avdeev M. A., Candidate of Legal Sciences,
Professor of the Criminal Procedural Law Department
E-mail: ypp-cfrap2@yandex.ru

Kolmakov A. O., Undergraduate

И ВНОВЬ О ФОРМАХ СОУЧАСТИЯ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ И ПРОБЛЕМАХ ДОКАЗЫВАНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Предлагается пересмотреть классификацию форм соучастия, предложенную в ст. 35 УК РФ. Приводятся обоснования об исключении преступного сообщества из данной классификации.

К л ю ч е в ы е с л о в а: формы соучастия, организованная группа, преступное сообщество, преступная организация, террористическое сообщество и организация, экстремистское сообщество и организация.

AND AGAIN ABOUT FORMS OF COMPLICITY IN CRIMINAL LAW AND THE PROBLEMS OF PROOF IN CRIMINAL PROCEEDINGS

The article proposes to revise the classification of forms of complicity proposed in article 35 of the criminal code. The substantiation of the exclusion of the criminal community from this classification is given.

К е у w o r d s: forms of complicity, organized group, criminal community, criminal organization, terrorist community and organization, extremist community and organization.

Поступила в редакцию 15 апреля 2019 г.

В продолжение дискуссии о соотношении понятий «преступное сообщество» и «преступная организация» хотелось бы обратить внимание на законодательное закрепление данных понятий и их признаков. На наш взгляд, несколько аргументов позволяют прийти к выводу о необходимости исключения из Уголовного кодекса понятия «преступное сообщество».

Во-первых, законодатель, формулируя содержание статей закона, однозначно руководствуется этимологическим пониманием слов русского языка. Он не изобретает нового содержания используемых слов, а только уточняет их в правовом контексте. Так, анализ содержания слов «сообщество», «организация» и «группа» порой входит в противоречие между правовым и лексическим пониманием.

По словарю С. И. Ожегова и Н. Ю Шведова, «организация – общественное объединение или государственное учреждение или то же, что организм»¹; «сообщество – объединение людей, народов, государств, имеющих общие интересы, цели или группа растительных или животных организмов, живущих вместе»²; а «группа – несколько предметов или людей, животных, расположенных близко друг от друга, соединенных вместе, или совокупность людей, объединенных общностью интересов, профессии, деятельности, а также со-

¹ Толковый словарь русского языка : 80 000 слов и фразеологических выражений. М., 1995. С. 449.

² Там же. С. 737

© Белова Н. В., Белов А. В., 2019

вокупность предметов, объединенных общностью признаков или класс, категория, разряд чего-нибудь»³. По существу, речь идет об одном и том же, они образуют общность людей. Так в чем разница?

Обратимся к психологии. **Сообщество** – 1) поселение людей, собранных в одной географической точке. Определяющие особенности сообщества представляют: а) понимание каждым членом того, что группа является социальной единицей и б) общая групповая идентификация; 2) объединение людей, народов, государств, имеющих общие интересы, цели; 3) в биологии – постоянное или временное соединение животных или растительных организмов; 4) общество, организация⁴. **Организация** – от *лат.* organizo – сообщаю, стройный вид, устраиваю; имеет несколько основных значений: 1) внутренняя упорядоченность, согласованность, взаимодействие более или менее дифференцированных и автономных частей целого, обуславливающих его строение; 2) совокупность процессов или действий, ведущих к образованию и совершенствованию взаимосвязей между частями целого; 3) объединение людей, совместно реализующих программу или цель и действующих на основе определенных правил и процедур⁵. Другое определение – от *греч.* organizo – устраиваю – структурно упорядоченное и взаимообусловленное объединение индивидов и групп, которые функционируют, руководствуясь общей целью и интересами и подчиняясь определенным программным планам. В социальной психологии, прежде всего в психологии управления, наиболее подробно исследованы формальные организации, жизнедеятельность которых достаточно жестко ориентирована их официальным социальным статусом, а соответствие их активности – правилами и нормами, заданными их административно-юридическим положением в системе общественных связей⁶. **Группа** – group; gruppе – ограниченная в размерах общность людей, выделяемая из социального целого на основе определенных признаков; таковыми являются цели, общие интересы, устремления, функции или опасения, позволяющие как самим участникам, так и другим рассматривать подобное объединение в качестве коллективного образования или группы⁷.

Сопоставление данных определений позволяет прийти к выводу, что любое объединение людей как группа или организация является сообществом. Отсюда следует, что все разновидности групп и организаций являются сообществами. Но группа входит в состав организации и является ее частью. Таким образом, в ст. 35 УК РФ не учитывается эта особенность сопоставления понятий, и общее понятие становится частью. Соблюдая выявленную закономерность, следует признать, что из текста ст. 35 следует исключить понятие «сообщество», а оставить только «группа» и «организация».

Во-вторых, подтверждение данной идеи вытекает из истории развития законодательства о формах соучастия. Прием замены понятий раньше испол-

³ Там же. С. 143.

⁴ См.: Жмуров В. А. Большая энциклопедия по психиатрии. 2-е изд., 2012.

⁵ См.: Толочек В. Современная психология труда : глоссарий. М., 2005.

⁶ См.: Кондратьев М. Ю., Ильин В. А. Азбука социального психолога-практика. М., 2007.

⁷ См.: Зеленский В. Словарь аналитической психологии. М., 2008.

зовался законодателем. Так, в Указе Президиума Верховного Совета СССР от 4 июня 1947 г. «Об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества» предусматривалась ответственность за совершение хищения организованной группой (шайкой). Это положение явилось переходным в использовании этих понятий. До этого акта в тексте законов говорилось о шайках, а после стали закреплять в качестве квалифицирующего обстоятельства понятие «организованная группа». Это позволило признать, что признаки шайки и организованной группы совпадают.

Возможно, данный прием законодатель попытался применить в Уголовном кодексе 1996 г., когда в ст. 35 закрепил ответственность за совершение преступления преступным сообществом (преступной организацией). На тот момент впервые в Общей части законодатель, помимо группы лиц по предварительному сговору и организованной группы, включил еще одну форму соучастия – преступное сообщество (преступную организацию). Тем самым указывая, что признаки преступного сообщества присущи для преступной организации.

В-третьих, не ясно по каким причинам, но законодатель не разграничивает понятие преступной организации, предусмотренное уголовным законом, от организации как субъекта гражданско-правовых отношений. Это произошло в новых изменениях Уголовного кодекса в ст. 205.5 УК РФ (Организация деятельности организации, которая в соответствии с законодательством Российской Федерации признана террористической) и ст. 282.2 УК РФ (Организация деятельности общественного или религиозного объединения либо иной организации, в отношении которых судом принято вступившее в законную силу решение о ликвидации или запрете деятельности в связи с осуществлением экстремистской деятельности, за исключением организаций, которые в соответствии с законодательством Российской Федерации признаны террористическими). Из текста закона вытекает, что признание данных объединений преступными требует принятия дополнительных решений, так же как юридическое лицо в гражданском праве подлежит исключению из реестра только после принятия решения судом. Такая аналогия не допустима.

В ст. 51 ГК РФ речь идет только об организациях, которые в соответствии с законом могут быть зарегистрированы. Очевидно, что организации, осуществляющие преступную деятельность, никогда не могут быть зарегистрированными в установленном законом порядке. В гражданском праве юридическое лицо может также состоять из одного участника, когда в одном лице совмещаются функции учредителя, руководителя и бухгалтера. В этой ситуации ни у кого не возникнет желания сопоставлять данное юридическое лицо с преступной организацией, которая по смыслу уголовного закона состоит только из нескольких структурных подразделений и как минимум может включать четыре человека (не менее двух групп, состоящих не менее чем из двух лиц). На практике число участников такого преступного объединения значительно больше. Даже такой простой пример подтверждает, что понятия организации в уголовном и гражданском праве не тождественны и им присущи самостоятельные признаки.

Отождествление этих понятий приносит в закон дополнительную путаницу. Исходя из логики законодателя, недостаточно установить, что лица совершают преступления, предусмотренные уголовным законом, даже если они представляют собой организацию. Сначала нужно признать эту организацию незаконной, а затем привлекать ее участников к ответственности. Мы переворачиваем смысл с ног на голову. Организации, зарегистрированные в соответствии с гражданско-правовым законодательством, не преследуют преступных целей. Но если в рамках этих организаций совершаются преступления, виновные лица привлекаются к ответственности без дополнительных условий. В ст. 24 Федерального закона от 6 марта 2006 г. «О противодействии терроризму» речь идет об организациях, которые были зарегистрированы на территории Российской Федерации, в соответствии с целями деятельности, закрепленными в их уставах. Эти цели не могут быть преступными. Если в дальнейшем участники совершают преступления, то такая деятельность является преступной, поэтому не может быть препятствием для решения вопроса об их уголовной ответственности. Выделяя преступную организацию как форму соучастия, мы характеризуем уровень согласованности действий в отличие от организованной группы, выделяем особенности структуры и целей деятельности, но не отграничиваем преступную деятельность от правомерной. При этом можно утверждать, что нарушение порядка и условий регистрации не образует само по себе состав преступления. На это прямо указывает п. 21 постановления Пленума Верховного Суда РФ⁸ о разграничении уголовной и административной ответственности.

Любые попытки дифференцировать «сообщество» и «организацию» как самостоятельные, отличающиеся друг от друга понятия, усложняют практику применения. Закрепляя статьи о террористических и экстремистских сообществах и организациях, не делая их четкого и детального разграничения, законодатель вынуждает правоприменителя искать какие-либо отличия между этими понятиями, чтобы применять эти нормы на практике, что может повлечь за собой судебные ошибки. Вместе с тем чрезмерная дифференциация понятий приводит к перекрещиванию их признаков.

Пункт 12 постановления Пленума Верховного Суда от 28 июня 2011 г. № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности» преступное сообщество характеризует через признаки организованной группы, названные в ст. 35 УК РФ, такие как устойчивость группы и заранее объединившаяся для совершения одного или нескольких преступлений. Таким образом, по мнению суда, организация, которая признана судом незаконной, трансформируется в преступное сообщество, а «организованная группа может быть признана преступным сообществом»⁹.

⁸ О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2011 г. № 11. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ Там же.

На наш взгляд, чтобы избежать противоречий в практике применения норм, касающихся форм соучастия, необходимо оставить в уголовном законе только четыре разновидности: группа лиц, группа по предварительному сговору, организованная группа и преступная организация, исключив при этом преступное сообщество.

Воронежский государственный университет

Белова Н. В., кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовного права

Прокуратура Воронежской области

Белов А. В., кандидат юридических наук,
заместитель прокурора Коминтерновского района

Voronezh State University

Belova N. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
of the Criminal Law Department

Voronezh Region Prosecutor's Office

Belov A. V., Candidate of Legal Sciences, Deputy Prosecutor of
Kominternovsky District
E-mail: b2alex@komblek.ru

УДК 343.1

С. Н. Бабаев

ПРОКУРОР В ДОСУДЕБНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ: РЕФОРМА ПРОШЛА, ПРОБЛЕМЫ ОСТАЛИСЬ

Статья посвящена вопросу о функциях прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса. Обобщены различные точки зрения по данному вопросу. Делается вывод, что в досудебных стадиях уголовного процесса прокурор осуществляет и функцию надзора за исполнением закона, и функцию уголовного преследования, что позволяет отнести российскую прокуратуру к прокуратуре смешанного типа и, в свою очередь, является следствием закрепления в отечественном уголовно-процессуальном законодательстве модели соответствующего типа уголовного судопроизводства. Обосновывается мнение, что эти две функции тесно взаимосвязаны, что создает определенные трудности в определении их содержания.

К л ю ч е в ы е с л о в а: прокурор, функции прокурора, прокурорский надзор, уголовное преследование, досудебное производство, руководство процессуальной деятельностью, уголовно-процессуальные функции.

THE PUBLIC PROSECUTOR IN PRE-JUDICIAL MANUFACTURE: REFORM HAS PASSED, PROBLEMS REMAINED

The Clause is devoted a question on functions of the public prosecutor in pre-judicial stages of criminal procedure. The various points of view on this point in question are generalised. The conclusion that in pre-judicial stages of criminal procedure the public prosecutor performs also function of supervision of law execution becomes, and criminal prosecution function that allows to carry the Russian Office of Public Prosecutor to Office of Public Prosecutor of the mixed type that in turn, is a consequence of fastening in the domestic criminal procedure legislation of model of corresponding type of criminal trial. The opinion is proved that these two functions are closely interconnected with each other that creates certain difficulties in determination of their maintenance.

К e y w o r d s: the public prosecutor, functions of the public prosecutor, public prosecutor's supervision, criminal prosecution, pre-judicial production, a management of procedural activity, criminal procedure functions.

Поступила в редакцию 15 апреля 2019 г.

Производство предварительного расследования по уголовным делам создает возможности для существенного незаконного ограничения или нарушения прав и свобод участников уголовного процесса, прежде всего подозреваемых и обвиняемых, однако речь должна идти и о других вовлекаемых в процесс лицах. Поэтому законодательством установлены необходимость повышенной активности прокуроров в данной области надзора, а также

предварительный, в ряде случаев, характер их деятельности по оценке законности и обоснованности готовящихся решений и действий¹.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ, принятый 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (далее – УПК РФ), принципиально изменил положение прокурора на досудебных стадиях уголовного процесса. Существенно изменились полномочия прокурора в сфере дознания и предварительного следствия. Новый процессуальный закон скорректировал объект прокурорского надзора в данной отрасли. Теперь на досудебных стадиях объектом надзора является процессуальная деятельность органов дознания и предварительного следствия.

В соответствии с ч. 1 ст. 37 УПК РФ роль прокурора на досудебной стадии уголовного процесса двойственна: во-первых, прокурор является должностным лицом, уполномоченным в пределах своей компетенции осуществлять от имени государства уголовное преследование; во-вторых, осуществляет надзор за процессуальной деятельностью органов, осуществляющих оперативно-розыскную работу, и предварительное расследование в любых формах его осуществления². Иными словами, прокурор уполномочен одновременно осуществлять два вида деятельности: и уголовное преследование, и надзор при ее осуществлении другими на то уполномоченными органами и лицами³.

В связи с этим А. В. Смирнов отметил, что прокурор – это должностное лицо, уполномоченное в пределах своей компетенции осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия (ч. 1 ст. 37 УПК РФ). Таким образом, прокурор в российском уголовном процессе совмещает процессуальную деятельность по уголовному преследованию и государственно-правовую функцию надзора за соблюдением законов⁴.

¹ Например, в п. 1.1 и 1.2 приказа Генерального прокурора России от 28 декабря 2016 г. № 826 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия» закреплено: «Обеспечить качественный и эффективный надзор за исполнением законов органами предварительного следствия независимо от их ведомственной принадлежности в соответствии с полномочиями, предусмотренными Федеральным законом «О Прокуратуре Российской Федерации» и Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации. Считать приоритетным направлением своей деятельности защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, а равно защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения». См. также: *Маршуров М. Н.* Комментарий к Закону о Прокуратуре Российской Федерации. СПб., 2001. С. 83.

² По мнению Ю. Сельникова, данный подход правильнее отражает существо предмета надзора, однако на практическую деятельность прокуроров он, по-видимому, никак не влияет (см.: *Сельников Ю.* Полномочия прокурора в досудебном производстве по новому УПК // Законность. 2002. № 3. С. 6).

³ По сути, различия по данному вопросу между УПК РСФСР и УПК РФ незначительны. Так, В. Б. Алексеев констатировал в комментарии к УПК РСФСР, что «закон не противопоставляет обязанности прокурора осуществлять уголовное преследование и поддерживать государственное обвинение его надзорным функциям» (Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / под ред. В. М. Лебедева. М., 1997. С. 54).

⁴ См.: *Смирнов А. В., Калиновский К. Б.* Уголовный процесс : учеб. для вузов / под ред. А. В. Смирнова. СПб., 2005. С. 110.

Данное положение способствовало активизации дискуссии по давно обсуждаемой проблеме о роли прокурора и о его процессуальных функциях в досудебном производстве⁵ и, следовательно, о недостаточной и неоптимальной регламентации его полномочий УПК РФ⁶. Как верно заметил З. Ф. Гатауллин, данный вопрос «представляется чрезвычайно запутанным»⁷.

Проведение непоследовательной и непродуманной по сути реформы по законодательному изменению компетенции прокурора в 2007–2010 гг. при осуществлении им своей деятельности в досудебном производстве по уголовным делам не способствовало, по нашему мнению, разрешению существующих проблем, а только, еще в большей степени, усилило остроту дискуссии. Интересным представляется тот факт, что реализованная в 2007 г. по благовидным мотивам обеспечения процессуальной самостоятельности следователя, а также объективности прокурора при оценке результатов его деятельности концепция отстранения прокурора от руководства расследованием разрабатывалась еще в 70-е гг. прошлого столетия⁸.

В результате проведенной реформы прокурор сегодня не только не осуществляет уголовно-процессуальную деятельность по расследованию преступлений самостоятельно, но и фактически с 2007 г. утратил полномочия и по контролю за предварительным следствием⁹. Впервые российский прокурор оказался лишенным почти всех правомочий, связанных с личным производством предварительного следствия, участием в следствии по уголовному делу, находящемуся в производстве поднадзорного следователя¹⁰.

Представляется целесообразным рассмотреть основные точки зрения по данному вопросу.

Мнение одних ученых заключается в том, что прокурор должен осуществлять только уголовное преследование и процессуальное руководство ор-

⁵ Различные варианты точек зрения связаны с различными комбинациями таких видов деятельности прокурора в досудебном производстве, как «уголовное преследование», «надзор за процессуальной деятельностью» и «руководство следствием и дознанием».

⁶ См., например: *Огородов А. Н.* Актуальные вопросы расширения полномочий прокурора при осуществлении надзора за процессуальной деятельностью следователя // Прокуратура : вчера, сегодня, завтра (Сухаревские чтения) : материалы II Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 7 октября 2016 г.) / под общ. ред. О. С. Капинус. М., 2017. С. 231–237 ; *Буланова Н. В.* Прокурор в досудебных стадиях уголовного судопроизводства Российской Федерации. М., 2015. С. 60–138 ; *Щерба С. П., Ережипалиев Д. И.* Прокурор в досудебном производстве по уголовным делам : функции, правовой статус, полномочия / под общ. и науч. ред. С. П. Щербы. М., 2015. С. 35.

⁷ *Гатауллин З. Ф.* Уголовное преследование как функция прокурора // Законность. 2010. № 2. С. 9.

⁸ См., например: *Стремовский В. А.* Участники предварительного следствия в советском уголовном процессе. Ростов н/Д., 1996. С. 70–71.

⁹ См.: *Железняк Н. С., Иванова О. Г.* Процессуальное положение прокурора в рамках предварительного следствия // Правовая политика и правовая жизнь. 2012. № 2. С. 85.

¹⁰ См.: *Безлепкин Б. Т.* Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). 14-е изд., перераб. и доп. М., 2017. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ганами расследования, в том числе поддерживать обвинение в суде¹¹. Так, О. Я. Баев делает вывод о том, что «вся деятельность прокурора на досудебных стадиях уголовного процесса направлена на обеспечение возможности для его формулирования против конкретного лица государственного обвинения в преступлении, в совершении которого это лицо закономерно и обоснованно изобличено в результате предварительного расследования»¹². В связи с этим, по его мнению, правильной представляется точка зрения И. Л. Петрухина: «Прокурор не может претендовать на роль «четвертой» (надзирающей) власти. Он должен быть отнесен к исполнительной власти, а конкретнее – должен быть органом публичных преследований¹³. Именно в этом качестве он должен выступать не только в суде, но и при расследовании преступлений: не надзирать (обвинительная власть не может осуществлять надзор), а преследовать по закону»¹⁴.

Как пример одного из наиболее часто приводимых аргументов вышеуказанной точки зрения считается высказывание Ю. И. Стецовского о том, что, «рассматривая проблему состязательности в стадии расследования, необходимо подчеркнуть значение размежевания функции уголовного преследования, защиты и разрешения дела. Следователь и прокурор не в состоянии одновременно осуществлять эти функции. Их надо разделить между разными участниками процесса с тем, чтобы каждый из них мог эффективно реагировать на неправомерную деятельность других. Что касается возложения на прокуратуру функций расследования уголовных дел и надзора за их расследованием, то надзор прокурора за самим собой вообще противоречит здравому смыслу»¹⁵.

В свою очередь, В. А. Лазарева отмечает, что «надзор прокурора за соблюдением законов в ходе предварительного расследования не является его функцией – такой процессуальной функции УПК РФ не предусматривает. Следовательно, прокурорский надзор в уголовном процессе следует

¹¹ См.: *Петрухин И. Л.* Прокурорский надзор и судебный контроль за следствием // Рос. юстиция. 1998. № 9. С. 12–14.

¹² *Баев О. Я.* Прокурор в структуре уголовного преследования на досудебных стадиях уголовного процесса. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹³ Позже И. Л. Петрухин указывал, что «представители Совета Европы и западные юристы неоднократно разъясняли, что европейским стандартам не соответствует немислимый на западе средневековый тотальный общий надзор, осуществляемый российской прокуратурой» (Судебная власть / под ред. И. Л. Петрухина. М., 2003. С. 158). Для того чтобы подчеркнуть многообразие точек зрения, отметим, что в этом же году была издана монография Н. В. Мельникова, в которой автор вводит понятие «прокурорская власть». «Прокурорская власть – вид государственной деятельности, осуществляемой в формах прокурорского надзора за соблюдением Конституции РФ и исполнения действующих на территории РФ законов, а также уголовного преследования» (*Мельников Н. В.* Прокурорская власть и личность : правовые средства обеспечения конституционных прав и свобод граждан России. М., 2003. С. 105).

¹⁴ *Петрухин И. Л.* Судебная власть и расследование преступлений // Государство и право. 1993. № 7. С. 82.

¹⁵ *Стецовский Ю. И.* Судебная власть : учеб. пособие. М., 1999. С. 151. См. об этом же: *Воронов А. А., Комаров А. И.* О прокурорском надзоре // Воронежский адвокат. 2005. № 4. С. 17.

рассматривать через анализ тех процессуальных функций, которые предусмотрены законом»¹⁶. Далее автор делает вывод: «...в связи с тем что законность расследования и обоснованность обвинения являются условиями качественной обвинительной деятельности в суде, прокурорский надзор за расследованием правомерно рассматривать как особую форму уголовного преследования. Надзор за законностью досудебного производства – ...средство осуществления уголовного преследования»¹⁷.

М. Н. Маршунов, рассматривая вопрос о предназначении прокуратуры, указывал: «Либо это универсальный орган надзора за законностью деятельности всех (кроме высших) органов государственной власти управления Федерации и ее субъектов, либо прокуратура должна осуществлять только функцию уголовного преследования, исключив из своей компетенции функцию надзора за законностью в широком ее понимании. Попытки объединить то и другое неконструктивны»¹⁸.

Представляется также актуальным вывод Л. Д. Кокорева о том, что «лишение прокуратуры надзорной функции может привести к отрицательным последствиям: снижению борьбы с коррупцией, взяточничеству и другим преступлениям»¹⁹. Сводить деятельность прокурора к исключительно уголовному преследованию недопустимо еще и потому, что важнейшим ее аспектом в досудебном производстве по уголовным делам является соблюдение прав и свобод человека и гражданина, что принято рассматривать как проявление правозащитной деятельности²⁰.

Другие авторы полагают, что при определении функций прокурора следует исходить, прежде всего, из исторических традиций, национальных особенностей и потребностей современного развития России, поэтому прокуратура рассматривается ими как универсальный государственно-правовой институт, осуществляющий надзор за законностью²¹. Причем надзор за законностью – основная функция, а все иные развивают и дополняют ее или являются производными от нее²².

¹⁶ Лазарева В. А. Прокурор в уголовном процессе. М., 2011. С. 45.

¹⁷ Там же. С. 48.

¹⁸ Маршунов М. Н. Комментарий к Закону «О Прокуратуре Российской Федерации» : науч.-практ. рекомендации. М., 1998. С. 5.

¹⁹ Кокорев Л. Д. Судебная реформа : идеи и реальность // Юрид. записки. Вып. 1 : Проблемы судебной власти / под ред. Л. Д. Кокорева. Воронеж, 1994. С. 13.

²⁰ См.: Шадрин В. С. Прокурорский надзор за исполнением законов органами дознания и предварительного следствия // Актуальные проблемы прокурорской деятельности : курс лекций / В. Г. Бессарабов [и др.] ; под ред. О. С. Капинус. М., 2016. С. 64–66.

²¹ См. об этом, например: Басков В. И. Прокурорский надзор в СССР : учебник. М., 1991. С. 140–142 ; Выступления на круглом столе журнала «Государство и право» на тему «Становление правового государства в Российской Федерации и функции прокуратуры» / В. В. Клочков [и др.] // Государство и право. 1994. № 5. С. 3–34 ; Круглый стол в комитете Совета Федерации на тему «Прокуратура как институт государственной власти» // Рос. юстиция. 2002. № 4. С. 12–13.

²² В. И. Рохлин отмечает, что «любое направление прокурорской деятельности, как отмеченное в Федеральном законе «О Прокуратуре Российской Федерации», так и те, которые в соответствии с ним могут быть введены специальным законом, являются про-

По их мнению, очевидным является тот факт, что в реализации функций уголовного преследования²³ и прокурорского надзора на досудебном производстве роль прокурора достаточно специфична. По этому поводу А. Б. Соловьева и А. Г. Халиулина справедливо заметили, что в отличие от иных органов уголовного преследования прокурор служит гарантом законности расследования, соблюдения прав и законных интересов участников уголовного процесса. Именно через призму обеспечения законности и должна рассматриваться деятельность прокурора при осуществлении уголовного преследования. Прокурору совсем не обязательно во всех случаях самому возбуждать уголовные дела, привлекать лиц к уголовной ответственности – прокурор должен вмешиваться в процесс расследования лишь с целью предупреждения, выявления и устранения нарушений закона. Поэтому, по мнению ученых, участие прокурора в осуществлении функции уголовного преследования производно и соподчинено его основной функции – надзору за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия²⁴.

изводными от основной функции. Это надзор за соблюдением законов и защиты прав и свобод человека и гражданина...» (Прокурорский надзор в Российской Федерации : учебник / под ред. В. И. Рохлина. СПб., 2000. С. 80). Такой же точки зрения придерживается М. Шалумов, считая, что «в уголовном судопроизводстве прокурор выполняет две самостоятельные функции: основную – надзор за исполнением законов и соблюдением прав и свобод граждан органами дознания и предварительного следствия и производную от нее, дополнительную – уголовное преследование, осуществляемое путем возбуждения и расследования уголовных дел и поддержания обвинения в суде» (Шалумов М. Надзор за законностью и уголовное преследование – самостоятельные функции прокурора // Законность. 1999. № 8. С. 4).

²³ В научной литературе широко обсуждались и продолжают обсуждаться вопросы о содержании функции уголовного преследования, о соотношении понятий «уголовное преследование», «обвинение» и «предварительное расследование» о моменте, с которого начинается уголовное преследование, – всё это позволяет сделать вывод о том, что окончательную точку по этому вопросу ставить еще рано (см. об этом: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 190 ; *Шпилев В. Н.* Содержание и формы уголовного судопроизводства. Минск, 1974. С. 61 ; *Зеленецкий В. С.* Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе. Харьков, 1979. С. 12 ; *Ларин А. М.* Расследование по уголовному делу : процессуальные функции. М., 1986. С. 25 ; *Коврига З. Ф.* Процессуальные проблемы уголовного преследования и защиты // Правовая конфликтология. Воронеж, 2000. С. 52 ; *Соловьев А. Б.* Функция уголовного преследования в досудебных стадиях процесса // Прокуратура и правосудие в условиях судебно-правовой реформы. М., 1997. С. 144 ; *Соловьев А., Токарева М.* К вопросу о статусе прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса по УПК РФ // Уголовное право. 2002. № 3. С. 84–87 ; *Деришев Ю. В.* Досудебное уголовное преследование по УПК РФ // Государство и право. 2004. № 12. С. 43–50 ; *Ефимичев С. П., Ефимичев П. С.* Функции в уголовном судопроизводстве : понятие, сущность, значение // Журнал российского права. 2005. № 7 ; *Барабаш А. С.* Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. СПб., 2005 ; *Бажанов С. В.* К вопросу о состоятельности функции уголовного преследования вообще и функции прокурорского уголовного преследования в частности // Рос. юстиция. 2017. № 4. С. 52–55).

²⁴ См.: Законность в досудебных стадиях уголовного процесса России / А. Б. Соловьев [и др.]. М. ; Кемерово, 1997. С. 39–40 ; *Соловьев А. Б., Токарева М. Е., Халиулин А. Г.* Прокурорский надзор за исполнением законов при расследовании преступлений. М., 2000. С. 22–23.

Заслуживающим внимания является мнение В. А. Ефановой, которая, исследуя вопросы о функциях прокурора на различных стадиях уголовного процесса, пришла к следующим выводам: во-первых, в этих стадиях прокурор осуществляет две взаимосвязанные между собой функции – прокурорский надзор и уголовное преследование; во-вторых, изначально прокурор осуществляет функцию надзора за исполнением законов в деятельности органов дознания и предварительного следствия и лишь на заключительном этапе расследования – при утверждении обвинительного заключения (акта) – функция надзора порождает для прокурора функцию уголовного преследования, которая реализуется им в судебных стадиях в форме поддержания государственного обвинения; в-третьих, в целях обеспечения согласованности этих функций необходимо расширить полномочия прокурора, предоставив ему дополнительно следующие права: возбуждать уголовные дела в пределах надзорной компетенции; утверждать постановления следователей о прекращении уголовных дел и самому прекращать уголовные дела, поступившие прокурору с обвинительным заключением²⁵.

В целях закрепления данной точки зрения ее сторонники предлагают надзор прокурора за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия определить как одну из отраслей прокурорского надзора за соблюдением законности в государстве и самостоятельную уголовно-процессуальную функцию²⁶, состоящую в системе процессуальных действий и решений, направленных на обеспечение точного исполнения закона на досудебном производстве²⁷.

²⁵ См.: Ефанова В. А. Надзор или уголовное преследование? // Рос. следователь. 2011. № 19. С. 26–28.

²⁶ См. более подробно об уголовно-процессуальных функциях и множественности критериев их разграничения, например: Алексеев Н. С., Даев В. Г., Кокорев Л. Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980. С. 52–56 ; Курс уголовного процесса / А. А. Арутюнян [и др.] ; под ред. Л. В. Головки. М., 2016. С. 98–104.

²⁷ Данная мысль не нова. По сути, ставится вопрос о пересмотре перечня уголовно-процессуальных функций. Данная позиция близка к позиции В. Г. Даева, который предлагал иную конструкцию этих функций, вытекающую из характера процессуальных интересов отдельных участников процесса. По его мнению, действующий уголовный советский процесс позволяет выделить следующие процессуальные функции: расследование уголовного дела, судебное рассмотрение и разрешение уголовного дела, прокурорский надзор за соблюдением законности в ходе уголовного судопроизводства, защита личных процессуальных интересов, оказание юридической помощи, общественное представительство, оказание содействия в ходе уголовного судопроизводства (см.: Даев В. Г. Процессуальные функции и принцип состязательности в уголовном судопроизводстве // Правоведение. 1974. № 1. С. 72). С. В. Романов обращает внимание на тот факт, что в уголовном процессе смешанной формы возникают уголовно-процессуальные функции, выходящие за рамки принципа состязательности и равноправия сторон. Поэтому в науке уголовного процесса сформировался подход к понятию уголовно-процессуальной функции, выводящий ее не из принципа состязательности, а из теории разделения властей как гарантии личной свободы граждан. Институциональный аспект такого разделения заключается в обособлении полицейской, прокурорской и судебной функций. В данном случае уголовно-процессуальная функция обретает значение совокупности полномочий определенного государственного органа, а критерием классификации выступает именно принадлежность указанного органа

По мнению ряда авторов, специфика данной отрасли прокурорского надзора заключается также в том, что надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и предварительного следствия включает в себя процессуальное руководство расследованием, осуществляемым этими органами²⁸. Именно с процессуальным руководством со стороны прокурора уголовно-процессуальной деятельностью следователей сторонники данной концепции связывают наличие (или необходимость) у этого участника уголовного судопроизводства властно-распорядительных полномочий (например, таких как отмена постановления следователя, дача ему письменных указаний, проведение отдельных следственных действий или расследования в целом)²⁹. Как отмечает В. М. Савицкий, процессуальное руководство расследованием служит единственным способом обеспечить законность действий соответствующих органов; без руководства невозможен полноценный надзор за исполнением законов³⁰.

Существует и иная точка зрения относительно соотношения прокурорского надзора и процессуального руководства прокурором расследованием преступлений. Эти виды деятельности прокурора рассматриваются как самостоятельные процессуальные функции, где первая выступает основной, а вторая – дополнительной³¹.

Многие процессуалисты возражают против концепции процессуального руководства прокурором деятельностью следователя, полагая, что прокурор осуществляет лишь надзор за законностью расследования преступлений, а руководство с его стороны расследованием ограничивает процессуальную самостоятельность следователя и снижает ответственность начальника следственного отдела за качеством расследования уголовных дел. Кроме того, сторонники этой точки зрения сомневаются, что прокурорский надзор за деятельностью, которой прокурор руководит, может быть эффективным³².

к той или иной ветви власти (см.: Курс уголовного процесса / А. А. Арутюнян [и др.] ; под ред. Л. В. Головки. М., 2016. С. 100).

²⁸ См.: *Калугин А. Г.* Сущность и формы процессуального контроля в деятельности органов предварительного расследования // Актуальные проблемы раскрытия и расследования преступлений : межвуз. сб. науч. трудов. Красноярск, 2000. Вып. 2. С. 6–7.

²⁹ В рамках данного подхода представляется логичным предложение А. М. Ларина, Э. Б. Мельниковой и В. М. Савицкого предусмотреть в законе о прокуратуре и уголовно-процессуальном законе полномочия прокурора по осуществлению процессуального руководства деятельностью органов дознания и следствия по уголовным делам (см.: *Ларин А. М., Мельникова Э. Б., Савицкий В. М.* Уголовный процесс России. Лекции-очерки / под ред. В. М. Савицкого. М., 1997. С. 155–156).

³⁰ См.: *Савицкий В. М.* Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. М., 1975. С. 45.

³¹ См.: *Болтошев Е. Д.* Функции прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 14 ; *Соловьев А., Токарева М.* К вопросу о статусе прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса по УПК РФ // Уголовное право. 2002. № 3. С. 87.

³² См.: *Статкус В. Ф., Чувилев А. А.* Прокурорский надзор и ведомственный контроль на предварительном следствии // Государство и право. 1975. № 3. С. 75.

А. Б. Ломидзе, рассматривая сущность прокурорского надзора за деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия, отмечал: «Смысл функции прокурорского надзора ... в осуществлении контроля за законностью деятельности следователя. Прокурор не подменяет следователя и не расследует параллельно с ним уголовное дело. Эти должностные лица выполняют, хотя и взаимосвязанные, но различные функции. Следователь расследует преступления, а прокурор осуществляет надзор за законностью этой деятельности и без необходимости не вмешивается в работу следователя, который по закону наделен процессуальной самостоятельностью»³³.

Представляется убедительным вывод О. В. Химичевой о том, что прокурор является органом надзора за законностью процессуальной деятельности органов дознания и органов предварительного расследования и его не должны интересовать вопросы руководства расследованием конкретных уголовных дел. Для него важно обеспечение законности и обоснованности производства процессуальных действий и принятия процессуальных решений, осуществления следственных действий, реализация прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства³⁴.

Безусловно, не потерявшими актуальность являются слова Л. Д. Кокорева, который, рассматривая вопрос о соотношении судебного контроля и прокурорского надзора на досудебной стадии уголовного процесса, указывал, что «надзор за законностью предварительного расследования вполне, и не хуже судей, могут осуществлять прокуроры при условии освобождения их от руководства следствием»³⁵.

Одним из интересных и обстоятельных исследований, на наш взгляд, по данной проблеме является монография О. В. Химичевой³⁶. Автор, в частности, пишет, что подтверждением приоритетного, основного характера прокурорского надзора служит и то, что прокурор указан в УПК РФ как единственный субъект данной функции. В то же время для реализации другой функции – уголовного преследования – действуют специально созданные для этого органы – органы дознания и предварительного следствия. В результате проведенного исследования О. В. Химичева приходит к выводу, что «основной уголовно-процессуальной функцией, для выполнения которой прокурор действует на досудебном производстве, выступает надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия; в то же время, основополагающая уголовно-процессуальная функция – уголовно-преследования – на данном этапе для прокурора является дополнитель-

³³ Ломидзе А. Б. Прокурорский надзор за законностью и обоснованностью принимаемых следователем процессуальных решений : метод. пособие. М., 2000. С. 46.

³⁴ Однако нельзя еще раз не обратить внимание на тесную взаимосвязь, взаимозависимость и взаимопроникновение функций прокурора по надзору за процессуальной деятельностью и процессуального руководства расследованием.

³⁵ Кокорев Л. Д. Судебная реформа : идеи и реальность // Юрид. записки. 1994. Вып. 1. С. 11.

³⁶ См.: Химичева О. В. Концептуальные основы процессуального контроля и надзора на досудебных стадиях уголовного судопроизводства. М., 2004.

ной»³⁷. В связи с этим, по ее мнению, целесообразно изменить редакцию ч. 1 ст. 37 УПК РФ, где указать, что «прокурор является должностным лицом, уполномоченным в пределах компетенции, установленной настоящим Кодексом, осуществлять от имени государства надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия, а также уголовное преследование в уголовном судопроизводстве»³⁸.

Наиболее радикальным крылом данной точки зрения можно считать мнение С. П. Ефимичева и П. С. Ефимичева³⁹. Опираясь на содержание ст. 1 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О Прокуратуре Российской Федерации», они утверждают, что уголовное преследование в соответствии с полномочиями, установленными уголовно-процессуальным законодательством России, занимает лишь часть надзорных полномочий прокуратуры, что основной функцией прокуратуры является осуществление надзора за соблюдением Конституции РФ и других законов. Уголовное же преследование является той же надзорной деятельностью, но составляющей ее разновидность и осуществляемой в других формах⁴⁰. Более того, ими делается вывод о том, что «прокурор не выполняет функцию обвинения – уголовного преследования, а выполняет функцию надзора»⁴¹. Утверждение

³⁷ Химичева О. В. Указ. соч. С. 77.

³⁸ В литературе высказано предложение о том, что основные надзорные полномочия прокурора необходимо выделить в самостоятельную главу УПК РФ (цит. по: Шалумов М. Надзор за законностью и уголовное преследование — самостоятельные функции прокурора // Законность. 1999. № 8. С. 4–6). Представляется, что реализовать такое предложение сейчас сложно, ввиду неопределенности вопроса, какие полномочия отнести к надзорным, а какие – к проявлению функции уголовного преследования.

³⁹ См.: Ефимичев С. П., Ефимичев П. С. Принцип состязательности и его реализация в уголовном судопроизводстве // Рос. следователь. 2005. № 1. С. 7–8.

⁴⁰ Актуальным представляется опыт Украины. Р. Р. Трагнюк, анализируя направления правовой реформы в Украине, делает вывод о необходимости лишения органов прокуратуры Украины функции уголовного преследования на досудебном следствии — через широкое реформирование системы досудебного следствия, как это предусмотрено, в частности, п. 9 Переходных положений Конституции Украины — и, как результат этого, соответствующих полномочий. Здесь же он делает оговорку — что касается данного вопроса среди ученых и практических работников отсутствует единое мнение (см. об этом: Трагнюк Р. Р. Прокурорський нагляд за додержанням законів, що забезпечують права обвинуваченого. Харьков, 2004. С. 73–85). В настоящее время в ст. 131.1 Конституции Украины указывается, что «в Украине действует прокуратура, которая осуществляет: 1) поддержание публичного государственного обвинения в суде; 2) организацию и процессуальное руководство досудебным расследованием, разрешение в соответствии с законом других вопросов во время уголовного сопровождения, надзор за негласными и другими следственными и розыскными действиями органов правопорядка...» (Конституція України від 28.06.1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (дата обращения: 10.02.2019)). В свою очередь, в ч. 2 ст. 36 Уголовного процессуального кодекса Украины закреплено, что «прокурор, осуществляя надзор за соблюдением законов при проведении досудебного расследования в форме процессуального руководства досудебным расследованием, уполномочен: 1) начинать досудебное расследование при наличии оснований, предусмотренных настоящим Кодексом...» (Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата обращения: 10.02.2019)).

⁴¹ Можно утверждать, что данная позиция основывается на тезисе, сформулированном В. И. Басковым: «...надзор за точным и единообразным исполнением законов является

обвинительного заключения, произнесение в суде обвинительной речи есть реализация функции надзора»⁴².

По нашему мнению, осуществляемая прокурором функция уголовного преследования представляет собой деятельность по расследованию преступлений и поддержанию государственного обвинения в суде. Как справедливо заметил В. С. Зеленецкий, «на деятельности, образующей содержание функции уголовного преследования, не может не отражаться специфика той или иной стадии, где эта деятельность осуществляется. Например, на стадии предварительного расследования названная функция реализуется сначала в деятельности следователя по изобличению лица, совершившего преступление, затем приобретает форму следственного обвинения, а после утверждения прокурором обвинительного заключения – форму обвинения государственного»⁴³.

Ряд авторов утверждают, что надзор за законностью в стадии предварительного расследования и в период доследственной проверки являются не самоцелью для прокурора, а средством осуществления уголовного преследования. Надзор за исполнением законов органами, осуществляющими дознание, предварительное следствие и оперативно-розыскную деятельность, а также за законностью и обоснованностью принимаемых ими решений следует считать, прежде всего, формой руководства прокурорами досудебной подготовки материалов уголовного дела⁴⁴. Уместным в качестве контраргумента представляется мнение А. А. Чувилева, который по этому поводу писал: «Назначение прокурорского надзора состоит в обеспечении соблюдения законности органами дознания и предварительного следствия. Было бы ошибочным видеть в нем осуществление процессуального руководства

единственным предназначением органов прокуратуры» (Басков В. И. Курс прокурорского надзора : учебник. М., 1998. С. 9).

⁴² В контексте вышесказанного заметим, что данная идея не нова. Так, Я. О. Мотовиловкер писал: «Осуществляемая прокурором функция обвинения есть форма, в которой проявляется его функция надзора за законностью в сфере борьбы с преступностью. Прокурор поэтому выявляет в судебном разбирательстве как уличающие, так и оправдывающие обстоятельства, а также отягчающие и смягчающие его вину обстоятельства. Суду прокурор помогает избежать любых ошибок (Мотовиловкер Я. О. Основные уголовно-процессуальные функции. Ярославль, 1976. С. 52). Поддержание прокурором обвинения В. Г. Даев рассматривал не как функцию обвинения, а как одну из форм осуществления прокурорского надзора (см. об этом: Даев В. Г. К понятию обвинения в советском уголовном процессе // Правоведение. 1970. № 1. С. 79–82).

⁴³ Зеленецкий В. С. Функциональная структура прокурорской деятельности. Харьков, 1978. С. 26.

⁴⁴ См.: Уголовный процесс России : учебник / А. С. Александров [и др.] ; науч. ред. В. Т. Томина. М., 2003. С. 796. Интересным представляется то обстоятельство, что ранее в качестве одного из аргументов приводился тот факт, что Генеральный прокурор РФ приказывал прокурорам «исходить из того, что в досудебном производстве прокурор является руководителем уголовного преследования» (Пункт 2 приказа Генерального прокурора РФ от 5 июля 2002 г. № 39 «Об организации прокурорского надзора за законностью уголовного преследования в стадии досудебного производства» // Сборник основных организационно-распорядительных документов Генеральной прокуратуры Российской Федерации. Тула, 2004. Т. 1. С. 237–244. Документ утратил силу).

дознанием и предварительным следствием, а также считать, что прокурор руководит каждым шагом работников органа дознания и следователя по находящимся в их производстве проверочным материалам и уголовным делам»⁴⁵.

Как следует из вышеизложенного, по рассматриваемой проблеме нами были выделены два основных подхода ее разрешения. Думается, следует обратить внимание на еще один, который также имеет право на существование. Суть его заключается в том, что уголовное преследование и надзор прокурора за процессуальной деятельностью органов дознания и предварительного следствия являются самостоятельными функциями прокуратуры, которые тесно взаимосвязаны⁴⁶ и характеризуют разные стороны единой прокурорской деятельности в досудебном производстве, направленной на раскрытие и расследование преступлений как лично прокурором, так и органами предварительного расследования под его наблюдением⁴⁷.

Приведем некоторые аргументы и высказывания в пользу данного утверждения.

Прокуратура РФ – это прокуратура многофункционального (смешанного) типа⁴⁸. Из этого следует, что функций, которыми наделена прокуратура России как минимум две⁴⁹. Исходя из общепризнанного определения понятия «функция прокуратуры», можем утверждать, что эти функции являются главными (основными) видами деятельности прокуратуры⁵⁰.

⁴⁵ Прокурорский надзор в Российской Федерации : учебник / под ред. А. А. Чувилева. М., 2000. С. 180.

⁴⁶ А. П. Глебов справедливо заметил: «Функции любого социального (органического) феномена не должны взаимоисключать друг друга. Наоборот, эти функции взаимно дополняют друг друга, взаимодействуют, взаимно проникают одна в другую. Для системы функций объекта характерны другие связи и отношения, такие как координация функций, нейтрализация дисфункций и др. Это азбука методологии функционального анализа...» (Глебов А. П. Судебная реформа и функции прокурорского надзора // Служение истине : научное наследие Л. Д. Кокорева : сб. статей. Воронеж, 1997. С. 216).

⁴⁷ Более того, можно констатировать, что именно с 1923 г. прокурор получил полномочия по осуществлению в досудебном производстве по уголовным делам двух самостоятельных функций: надзора за исполнением закона органами расследования и уголовного преследования (см. об этом: Амирбеков К. И., Егоров С. В., Халиулин А. Г. Функции прокуратуры России в уголовном судопроизводстве // Вестник Академии Генеральной прокуратуры РФ. 2011. № 6. С. 72).

⁴⁸ По мнению С. П. Щербы, такой тип российской прокуратуры является следствием закрепления в отечественном уголовно-процессуальном законодательстве модели соответствующего типа уголовного судопроизводства (см.: Щерба С. П., Ережипалиев Д. И. Прокурор в досудебном производстве по уголовным делам : функции, правовой статус, полномочия / под общ. и науч. ред. С. П. Щербы. М., 2015. С. 30).

⁴⁹ Считаем, что таких функций можно выделить семь (см. об этом: Бабаев С. Н. Прокурорский надзор как способ обеспечения законности правовых актов управления. Воронеж, 2005. С. 14–16).

⁵⁰ Понятие функции прокуратуры можно сформулировать как такой основной вид ее деятельности, который предопределяется социальным предназначением прокуратуры, выраженным в ее задачах, характеризуется определенным предметом ведения, направлен на решение этих задач и требует использования присущих ему полномочий и правовых

В. Н. Буланова справедливо отмечает, что уголовное преследование не может рассматриваться в качестве составной части надзорной деятельности, осуществляемой прокурором. Уголовное преследование и надзор за исполнением законов – это две государственно-властные функции прокуратуры, которые существуют самостоятельно, имеют свои цели, задачи, содержание и предмет правового регулирования⁵¹.

В. П. Рябцев пишет, что «главной функцией прокуратуры, предопределившей необходимость ее создания, является надзор за исполнением законов ... Всеми названными выше признаками самостоятельной функции обладает осуществляемое прокуратурой уголовное преследование за совершение преступлений ... Расследование преступлений тесно связано с функциями надзора, нередко возникает по его результатам либо, наоборот, результаты расследований помимо иных источников сведений служат поводом для проведения прокурорских проверок в порядке надзора»⁵².

По мнению А. П. Короткова и А. В. Тимофеева, «роль прокурора в уголовном судопроизводстве двуедина: он – сторона процесса и одновременно государственный гарант обеспечения конституционных прав и свобод человека и гражданина, вовлеченного в сферу уголовного судопроизводства как на стороне обвинения, так и на стороне защиты»⁵³.

В. Г. Розенфельд функции прокуратуры подразделяет на внешние (среды которых «надзорная за исполнением законов», «по защите прав, свобод, законных интересов граждан», «уголовного преследования») и внутренние. Ученый обоснованно предлагает все указанные внешние функции считать основными и это положение закрепить в Конституции РФ, и Конституционном законе о Прокуратуре Российской Федерации⁵⁴.

средств. Названные элементы, характеризующие функцию, находятся в строгой взаимозависимости (см., например: *Розенфельд В. Г. Проблемы теории и практики прокурорского надзора в Российской Федерации* : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1996. С. 24). В контексте сказанного выше, представляется интересным и аргументированным подход к данному вопросу авторов Концепции развития прокуратуры. Ими вводится понятие «тип деятельности прокуратуры» – тип деятельности, которая является наиболее важной по своему содержанию и социальному значению. В развитие данного понятия ученые, проанализировав историю развития органов прокуратуры России, выделяют три типа прокуратуры: надзорного, обвинительного и смешанного. По мнению авторов, после восстановления прокуратуры в 1922 г. и до сих пор ее можно отнести к смешанному типу прокуратуры: она выполняет функции надзора за исполнением законов и уголовного преследования (см.: *Прокуратура Российской Федерации (концепция развития на переходной период)* / Ю. И. Скуратов [и др.]. М., 1994. С. 10).

⁵¹ См.: *Буланова Н. В. Прокурор в досудебных стадиях уголовного судопроизводства Российской Федерации*. М., 2015. С. 143.

⁵² *Российский прокурорский надзор* : учебник / под ред. А. Я. Сухарева. М., 2003. С. 64–72.

⁵³ *Коротков А. П., Тимофеев А. В. Прокурорско-следственная практика применения УПК РФ* : комментарий. М., 2005. С. 83.

⁵⁴ См.: *Розенфельд В. Г. Прокуратура в системе органов власти Российской Федерации* : цели и функции // *Служение истине* : научное наследие Л. Д. Кокорева : сб. статей. Воронеж, 1997. С. 183.

В заключение отметим, что многообразие различных точек зрения по вопросам, рассмотренным в данной статье, обусловлено отсутствием среди ученых и практиков единой позиции по проблемам более высокого порядка: о месте и роли прокуратуры России в системе государственных органов в целом и в системе правоохранительных органов в частности; типе уголовного процесса России, а соответственно, и системе уголовно-процессуальных функций (критериях их выделения)⁵⁵. Очевидно, что в первую очередь, от их разрешения зависит решение вышерассмотренных вопросов.

⁵⁵ Интересной представляется научная гипотеза, представленная Ю. А. Гончан о том, что «тип уголовного процесса детерминруется набором и соотношением функций его участников (субъектов). В свою очередь, цели-результаты уголовного процесса детерминируют количество и содержание самих функций» (Гончан Ю. А. Функциональный анализ уголовного судопроизводства : постановка проблемы // Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ) : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (г. Екатеринбург, 27–28 января 2005 г.) : в 2 ч. Екатеринбург, 2005. Ч. 1. С. 191–196.

Воронежский государственный университет

Бабаяев С. Н., кандидат юридических наук, доцент кафедры
организации судебной власти и правоохранительной деятельности

Voronezh State University

Babaev S. N., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
of the Organization of Judicial Authority and
Law Enforcement Activity Department
E-mail: sbabaev.vrn@gmail.com



Фриц Берген. «Ведьмины весы в Аудватере» (1884)

«ВЗВЕШЕННОЕ» ПРАВОСУДИЕ

Инквизиционный процесс утверждал, что любая реакция обвиняемых в ходе их допросов или пыток однозначно толковалась в пользу виновности: «Если обвиняемая вела дурной образ жизни, то это являлось несомненным доказательством ее связи с дьяволом; если же она была благочестива и вела себя примерно, то судьям было ясно, что она притворялась, дабы своим благочестием отвлечь от себя подозрения в связи с дьяволом и в ночных путешествиях на шабаш. Если на допросе она обнаруживает страх, то ясно, что виновна: совесть ее выдает. Если же она, уверенная в своей невинности, держит себя спокойно, то нет сомнений, что она виновна, ибо, по мнению судей, ведьмам свойственно лгать с наглым спокойствием...» (Фридрих Шпее).

Казалось, что круг замкнулся, и в мире вины нет проблеска справедливости, а формальная теория доказательств неумоимо работала на инквизиционные костры. Однако случилось, когда и неумолимый «молот ведьм» вынужден был замирать под тихий шепот разума.

Так, средневековое доказательственное право предусматривало такое специфическое следственное действие, как «взвешивание» обвиняемых в колдовстве. Использование весов в судах инквизиции было вызвано убеждением, что ученики Сатаны весят меньше, чем они должны, поскольку легким людям, как правило женщинам, комфортнее летать на метле. Считалось, что метла могла выдерживать ведьму весом до 50 кг. Взвешивание подозреваемых получило широкое распространение во всей Европе, особенно в Бельгии и Нидерландах.

Человека взвешивали следующим образом: подозреваемого в колдовстве раздевали догола и проверяли, не прикрепил ли он что-то на свое тело, чтобы быть тяжелее. Затем по специальной таблице смотрели, соответствует ли вес человека его телосложению. Если при сравнении вы-

яснялось, что человек весит слишком мало, то к нему начинали применять пытки, пока жертва не признается во всех преступлениях, которые он совершил в сговоре с дьяволом.

Самые известные и беспристрастные «весы истины» находились в голландском городке Аудватер (Oudewater). Согласно легенде, в середине XVI в. в нем останавливался император Священной Римской империи Карл V, где стал свидетелем повторного взвешивания девушки из другого города, обвиненной в колдовстве. Несчастливая не признавала связи с дьяволом и настаивала на «повторной экспертизе». Аудватерские весы не подвели ее и показали правильный вес. В благодарность за точность император даровал Аудватеру право выдавать сертификаты невинности.

Любопытно, что юристы рассматривали «весовые сертификаты» как форму развития гражданского права в Нидерландах, как возможность оспаривания законности преследования ведьм именно с позиций гражданского, а не религиозного права. Так, само существование ведьм правоведами не отрицалась, но ставилось под сомнение наличие достоверных доказательств сделки с дьяволом. А раз нет доказательств, о каком судебном процессе может идти речь?! Голландия была единственной европейской страной, где охоту на ведьм начали рассматривать в контексте гражданской юриспруденции, а сертификат из Аудватера отчасти служил праву на справедливый суд.

В течение первых 150 лет охоты на ведьм в Европе было сожжено около 30 000 ведьм. Всего за 2,5 века только в Германии по процессам ведьм погибло более 100 000 человек, в Англии – до 30 000. По некоторым данным, были признаны виновными и повешены или сожжены около 200 000 человек. Некоторые исследователи считают, что жертвами стало несколько миллионов казненных и замученных под пытками женщин...