

УСТАНОВЛЕНИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ СОВЕРШЕННОГО ПРЕСТУПЛЕНИЯ И ОСНОВАНИЙ НАЗНАЧЕНИЯ НАКАЗАНИЯ - ДВА САМОСТОЯТЕЛЬНЫХ ЭТАПА СУДЕБНОГО СЛЕДСТВИЯ.

БАРАБАШ А.С., БРЕСТЕР А.А.

BARABASH A., BRESTER A.

Аннотация

В статье авторы предлагают разделить судебное следствие на два этапа. В рамках первого этапа устанавливаются обстоятельства, необходимые для уголовно-правовой квалификации и только потом, после промежуточного решения суда, решается вопрос о назначении наказания. Данное предложение обосновывается с точки зрения теории доказывания и деятельности адвоката-защитника.

Ключевые слова: адвокат, доказывание, состязательность, судебное следствие, назначение наказания, цель уголовного процесса; обстоятельства, подлежащие доказыванию, публичность.

Для обоснования утверждения, вынесенного в заголовок статьи, предстоит определить отношение к обстоятельствам совершенного преступления и обстоятельствам, связанным с определением наказания, а так же отнестись к бытующему среди процессуалистов представлению, что все обстоятельства ст. 73 УПК РФ должны устанавливаться во взаимосвязи, только в этом случае мы получим интересующее нас знание.

Не вдаваясь в полемику о целях уголовного процесса, можно утверждать, что обстоятельства, подлежащие доказыванию, являются целями уголовно-процессуального доказывания. Подобное понимание соответствует и отношению к ним законодателя.

Речь идет о содержании ст. 85 УПК РФ, где подчеркивается, что доказывание осуществляется «в целях установления обстоятельств, предусмотренных статьей 73 настоящего кодекса». Именно ст.73 УПК РФ содержит указания на то, какие обстоятельства необходимо установить, чтобы считать деяние преступлением. Она же содержит и общее указание на то, что должно быть установлено для выбора наказания.

Можно только приветствовать нормативное закрепление цели, но не все исследователи разделяют такое отношение. Существуют предложения, в силу которых следует вообще отказаться от нормативного определения цели (в трактовке приводимого автора – «предмета доказывания» - А.Б., А.Б.) «ибо нормативизация есть одновременно и догматизация того, что объективно не может быть одинаковым у всех уголовных дел» [1]. Основанием для

подобного рода предложения служат рассуждения, смысл которых можно свести к следующему: в качестве предмета доказывания необходимо рассматривать, факты, имеющие значение для дела – основные факты (и связанные с ними обстоятельства). Набор основных фактов и средств их доказывания может варьироваться от одной категории дел к другой. Анализируя данное предложение, мы видим, что вместо цели нам предлагают результат – «факт, имеющий значение для дела». Как устанавливался этот факт, имеющий значение для дела, на что ориентировался при этом познающий – остается за скобками. Нам предъявляется уже готовое. Подобное понимание хорошо вписывается в парадигму состязательного процесса, где познавательная деятельность сторон до судебного разбирательства (если ее можно назвать познавательной - А.Б., А.Б.) – то, что готовится по рецепту каждой стороны, основная цель которой в суде – добиться победы. Вот туда она и приходит со своими фактами, которые при умелом использовании могут стать инструментами победы.

В процессе, основанном на публичном начале [2, 3] необходимо, чтобы цель деятельности была зафиксирована в законе. Обусловлено это тем, что результат ее – совместный плод усилий субъектов доказывания по реализации общей для них цели. Он, может быть, достигнут, если все они одинаково понимают цель доказывания. Нормативизация цели возможна, хотя результат ее реализации будет разным, зависящим от того, обстоятельства какого преступления будут установлены. Исследователи, выступающие против закрепления цели доказывания в законе, видят не то, что лежит в начале деятельности, а ее результат. Да, результаты разные, но основа для их получения одна – **теоретическая конструкция состава преступления, которая находит в статье 73 свое выражение процессуальным языком.** Без обстоятельств, которые в ней указаны, вряд ли обойдутся и сторонники состязательности, только они должны разделить их на обстоятельства, которые доказывает сторона обвинения и обстоятельства, доказываемые стороной защиты.

Приняв за цель доказывания обстоятельства, закрепленные в ст. 73, следует согласиться, что действующая редакция, так же как и содержание аналогичной ей ст. 68 УПК РСФСР, несовершенна. Она формирует обвинительный уклон у правоприменителя [4, 5, 6]. Правда, если брать и рассматривать ее содержание в совокупности с текстом ст. 74 УПК РФ, то обвинительный уклон нивелируется следующим предписанием законодателя для субъекта доказывания. Он обязан устанавливать «наличие или *отсутствие* (выделено авторами – А.Б., А.Б.) обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу...». Следовательно, нужно устанавливать не только событие, но и его отсутствие, не только виновность, но и невиновность. Установление подобных обстоятельств лежит в основе прекращения уголовных дел, уголовного преследования и вынесения оправдательных

приговоров за отсутствием события преступления или состава преступления (п.п. 1, 2 ч. ст. 24, п. 2 ч.1 ст. 27, п.п. 1 и 3 ч. 2 ст. 302 УПК РФ). Именно исходя из того, что эти обстоятельства значимы для принятия очень важных решений по делу, они должны быть отражены не в ст. 74, говорящей о доказательствах, а в статье, формулирующей цели правоприменителя.

А теперь обратимся к вопросу о том все ли обстоятельства ст. 73 УПК должны устанавливаться во взаимосвязи для получения интересующего нас знания. Анализ содержания этой статьи дает основание для иного вывода. Среди обстоятельств, подлежащих доказыванию мы можем выделить те, установление которых в их взаимосвязи позволяет получить знание о совершенном в прошлом деянии или об его отсутствии, о виновности или невинности обвиняемого при доказанности события прошлого (п.п 1, 2 и 4. Последний пункт, указанный нами, не следует выделять отдельно, он должен быть включен в содержание п. 1 вместо неопределенных других обстоятельств совершения преступления и говориться должно в этом случае о последствиях совершенного деяния. Между 1 и 2 п.п. должно быть обстоятельство, нацеливающее на установление субъекта). Указанные обстоятельства значимы для квалификации или для отказа от нее, и они должны устанавливаться во всех случаях, когда речь идет о возможно совершенном преступлении. Следовательно, можно говорить, что они (эти обстоятельства) являются целями основного процесса доказывания и должны быть установлены, в положительном или отрицательном содержании в каждом случае возбуждения уголовного дела.

Установление того, что деяние было совершено может сопровождаться установлением обстоятельств ст.ст. 61 и 63 УК РФ, которые на наш взгляд помогают конкретизировать степень общественной опасности совершенного деяния. Их можно сгруппировать по разным основаниям. В одних случаях они не связаны с совершенным преступлением. Например, несовершеннолетие виновного, беременность, наличие малолетних детей или неоднократность преступлений, рецидив преступлений. В других случаях связь усматривается, но с разными обстоятельствами, подлежащими доказыванию. В ч. 2 ст. 73 предписывается устанавливать обстоятельства, способствовавшие совершению преступления. В ст. 61 УК мы их находим в достаточном количестве. Это и совершение преступления вследствие случайного стечения обстоятельств; в силу стечения тяжелых жизненных обстоятельств; совершение преступления в результате физического или психического принуждения либо в силу материальной, служебной или иной зависимости и ряд других.

С установлением обстоятельств, позволяющих говорить об объективной стороне совершенного деяния, связаны все пункты ст. ст. 61 и 63 УК, где речь идет о последствиях. В

одних случаях – небольшая тяжесть, в других – наступление тяжких последствий. Есть в ст. 63 обстоятельство, которое признает повышенную степень общественной опасности в случае применения особо опасных способов совершения преступления.

С субъективной стороной связано много обстоятельств рассматриваемых статей УК. Это и явка с повинной, активное способствование раскрытию преступления, оказание помощи потерпевшему и т.п. Совершение преступления по предварительному сговору, активная в нем роль и т.п. В ст. 63 УК есть обстоятельства, где прямо подчеркивается особая опасность совершения преступления с определенным мотивом.

Итак, с одной стороны получается, что в анализируемых статьях есть обстоятельства, не связанные с совершенным преступлением, большинство же связано с установлением определенных обстоятельств совершенного, но в то же время эти обстоятельства при расследовании могут быть установлены, но их может и не быть. Однако большинство обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, позволяет конкретизировать степень общественной опасности совершенного преступления. Если общее представление о степени общественной опасности преступления у нас формируется высшим пределом санкции, то при совершении конкретного преступления установленные в ходе расследования смягчающие или отягчающие обстоятельства позволяют передвинуть нам шкалу общественной опасности совершенного вниз на несколько делений и установить ее, например, на отметке 5 лет лишения свободы, или не делать этого. Но то, что мы остановились на этой отметке, не означает, что именно столько будет отмерено виновному в приговоре. Ведь наказание должно применяться не как кара за совершенное преступление, а с целью исправления лица, совершившего преступление, для этого и нужно установить обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого. Но прежде чем перейти к последним, следует решить, что делать с рассматриваемыми – оставить среди обстоятельств, подлежащих доказыванию или вывести вон. Связь с обстоятельствами, установление которых значимо для квалификации, не позволяет их вывести за скобки, но в то же время то, что они устанавливаются при расследовании не всех преступлений, не позволяет их включить наряду с деянием, субъектом, виновностью в один перечень, что понуждает нас сконструировать отдельную норму.

Вероятно то, что необходимо установить для выбора меры наказания скрывается под обстоятельствами, характеризующие личность обвиняемого. Эти обстоятельства не определены ни в УК РФ, ни в УПК РФ. Законодатель не раскрывает понятия личности, он не знает, что это такое, следовательно, он не может назвать и обстоятельства, которые характеризуют личность.

Практика установления этих загадочных обстоятельств обычно сводится к представлению нескольких характеристик и официальных данных о судимостях и административных правонарушениях подсудимого. Один из авторов этой статьи пытался наполнить содержанием понятие личность и то, что ее характеризует. Здесь мы не будем воспроизводить материал, положенный в основание решения, приведем только его, заключая содержание в отдельную статью [1. С. 218-228].

К этому нас понуждает логика установления обстоятельств, подлежащих доказыванию. Установление обстоятельств совершенного деяния в отдельных случаях теснейшим образом связано с установлением обстоятельств, позволяющих конкретизировать степень общественной опасности совершенного, и их можно было бы включить в первые, но, как выше уже об этом говорилось, для этого существует препятствие – не все они и не по всем делам могут быть в наличии. Но есть они или их нет в конкретном случае, они в тексте закона должны стоять между деянием и обстоятельствами, значимыми для определения меры воздействия за совершенное. Еще один момент, говорящий о необходимости отдельного формулирования обстоятельств, установление которых значимо для определения наказания. Исходя из предложенной нами редакции обстоятельств, значимых для квалификации, мы не должны забывать, что в отдельных случаях наша работа будет закончена именно на этом этапе. Установлено отсутствие деяния, доказана невиновность – переходить к другим обстоятельствам нет смысла. Таким образом, при расследовании преступления обязательному доказыванию подлежат только обстоятельства, установление которых значимо для квалификации. Все иные обстоятельства факультативны и устанавливаются только при доказанности совершения деяния, обладающего юридическими признаками.

Указанные две группы обстоятельств мы обозначаем как цели дополнительных процессов доказывания. Включение других обстоятельств в ч. 1 ст. 73 УПК, на наш взгляд, не обосновано.

Сказанное выше позволяет предложить на материале ст. 73 УПК РФ редакцию нескольких статей.

Статья 73. Обстоятельства, установление которых значимо для уголовно-правовой квалификации

1. При производстве по уголовному делу подлежат доказыванию:

- 1) деяние, время, место, способ и последствия совершенного или отсутствие деяния;
- 2) лицо, совершившее деяние;

виновность лица в совершении деяния, форма вины и мотивы или невиновность в совершении деяния.

Статья 73¹. Обстоятельства, установление которых позволяет конкретизировать степень общественной опасности совершенного преступления

В необходимых случаях при производстве по уголовному делу подлежат установлению обстоятельства:

- 1) смягчающие наказание;
- 2) отягчающие наказание.

Статья 73². Обстоятельства, установление которых необходимо для определения наказания

После установления обстоятельств статей 73 и 73¹ подлежат установлению следующие обстоятельства:

- 1) целевые установки лица, совершившего преступление;
- 2) его доминантный мотив;
- 3) причины и условия формирования у него целевых установок и доминантного мотива;
- 4) отношение лица к различным видам наказания, которые могут быть применены к нему за совершенное преступление.

Подобная конкретизация целей позволяет соотнести между собой то, что значимо для уголовно-правовой квалификации, с тем, установление чего необходимо для определения меры воздействия. По содержанию объекты, с которыми работает познающий в этих случаях ничем друг от друга не отличаются: и там и там речь идет о следах и о логических доказательствах в их существенных основных связях и отношениях, только определение этих связей и отношений зависит от целей, которые при этом преследуются. Но не только в этом различие. При установлении деяния и лица, виновного в его совершении, доказательства формируются при работе с локальным участком действительности. Для определения меры воздействия локального участка недостаточно, связи должны устанавливаться на более обширном материале, а вывод на их основе следует строить не по отношению к прошлому, а к будущему.

Получается, что в рамках расследования преступления мы должны иметь дело с разным по объему и временному охвату материалом - один из них четко ограничен пределами совершенного деяния, другой, включая деяние, выходит за его рамки и раскрывает историю жизни лица, совершившего преступление. Первая группа обстоятельств четко определена действительностью, вторая - только в плане данных, используемых при прогнозировании, которые в большей мере подвержены интерпретации со стороны оценивающего, чем данные,

используемые для установления первой группы. Способ оценки (квалификация) первой группы детально разработан правовой наукой, разработка же приемов прогнозирования для выбора меры воздействия находится в зародышевом состоянии и требует глубокой криминологической и процессуальной разработки.

Но, что мы точно можем сказать, уже сейчас: **основной доказательственный процесс и дополнительный, связанный с определением наказания не могут осуществляться субъектом доказывания одновременно.** Разные цели этих процессов не позволяют уместить их в одну и ту же деятельность. Как мы уже отмечали, по меньшей мере, странно выглядит работа по выбору меры воздействия в тот момент, когда еще неизвестно, будет ли деяние квалифицировано как преступление. Этот вывод позволяет на наш взгляд разрешить одну очень важную проблему современного отечественного уголовного процесса, связанную с работой защитника.

Адвокат-защитник нередко оказывается между двух огней. С одной стороны он может понимать, что его клиент невиновен или виновен, но в менее тяжком преступлении. С другой, если суд придет к иному выводу, то необходимо будет решать вопрос о наказании. Отстаивая же невиновность своего доверителя, защитник лишен возможности представлять информацию, которая позволила бы выбрать адекватное наказание, оценивать имеющуюся информацию в деле и т.п. Может ли он рассуждать о наказании «на всякий случай», если суд не примет его доводы по поводу невиновности? Конечно, нет. Либо невиновен, либо виновен, но заслуживает снисхождения, например. Позиция невиновности же лишает его возможности повлиять на выбор наказания судьей, так как две противоположные позиции отстаивать нельзя.

Накладывает свой отпечаток и существующая действительность. Менее 1% оправдательных приговоров по стране создают ощущение отсутствия шансов на оправдание. Оправданием считается здесь более мягкое наказание, чем реальное лишение свободы – условное наказание, штраф и т.п. Таким образом, клиент нередко выбирает из двух зол меньшее. Об оказании квалифицированной помощи речи быть уже не может, так как адвокат реализует не свою позицию, а наиболее удобный вариант, который, в том числе, может противоречить истинным целям правосудия. Защитника, по сути, заставляют смещать акцент на вопрос о наказании, так как он нигде больше про него своего мнения сказать после прений не сможет, а для интереса клиента это может быть крайне важным.

Процесс установления обстоятельств, подлежащих доказыванию можно считать законченным после окончания прений сторон. Защитник, даже если он пришел к выводу о невиновности полной или частичной своего клиента, всегда держит в уме то, что оправдательный приговор вряд ли последует. А потому, если его клиент не против, он

старается «не злить» суд и мягко намекает на то, что условное наказание или штраф были бы самым оптимальным наказанием. Такова испорченная реальность. Она имеет свои корни и в профессионализме участников процесса, но одной из институциональных причин является здесь как раз совмещение двух процессов доказывания, которые должны следовать один за другим – основного и дополнительного.

Разделены эти процессы, например, в суде присяжных. После оглашения вердикта присяжных отдельно решается вопрос о наказании. И здесь защитник свободен. Он может настаивать на невиновности подсудимого, но если есть вердикт, который здесь и сейчас не изменить, он полноценно переключается на вопрос о назначении наказания.

Считаем, что такой вариант разделения доказательственных процессов надлежит ввести и при общем порядке судебного разбирательства. Суд вполне может готовить по итогу судебного разбирательства постановление, в котором указывать, что именно он считает установленным и как квалифицирует. А после этого начинать отдельную часть процесса, посвященную выбору меры наказания.

Это же избавит защитника от конфликтов другого рода. Как известно, существующие правила этики запрещают адвокату занимать позицию, противоположную позиции своего клиента за исключением случая самооговора [7]. Защитник оказывается в крайне неприятной ситуации, когда уверен в виновности своего клиента (после изучения в суде всех материалов дела), а клиент настаивает на позиции оправдания. Защитник лишен возможности повлиять на наказание и тем самым оказать реальную квалифицированную помощь. При разделении этих двух процессов, если суд выносит обвинительный вердикт, адвокат может сконцентрироваться на вопросе выбора меры воздействия, и здесь он никак не связан позицией своего клиента о полной или частичной невиновности, так как решение суда по этому вопросу уже состоялось.

Таким образом, и с точки зрения теории доказывания, и с точки зрения этических норм, и даже с учетом реального, не самого лучшего положения вещей в существующем процессе, считаем необходимым разделить основной доказательственный процесс по установлению обстоятельств, нужных для квалификации деяния и дополнительный – для установления обстоятельств от которых зависит выбор размера и вида наказания.

1. Барабаш А.С. Истина и достоверность в уголовно-процессуальном познании // Вестник Красноярского госуниверситета. Сер.: Гуманитарные науки. 2004, № 6. С. 135
2. Барабаш А.С. Публичное начало российского уголовного процесса. СПб: изд-во «Юридический центр Пресс». 2009. 420 с.

3. Барабаш А.С., Брестер А.А. Метод российского уголовного процесса. СПб.: «Юридический Центр-пресс», 2013. - 218 с.
4. Банин В.А. Предмет доказывания в советском уголовном процессе (гносеологическая и правовая природа). Саратов: изд-во Саратовского университета. 1981. С. 55.
5. Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькинд П.С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж: изд-во Воронежского ун-та, 1978. С. 69-84
6. Лузгин И.М. Расследование как процесс познания: учеб. пособие. М.: Высшая школа МВД. 1969. С. 28-29
7. Брестер А.А., Панченко В.Ю. Несовпадение позиций обвиняемого и защитника при отрицании вины в процессе уголовной защиты // Адвокатская практика. – 2012. - № 6. - С.10-13.