

**О «смешанном» характере российского уголовного
процесса//Проблемы модернизации правовой системы современного
российского общества. Т. 2. Красноярск: Центр информации, 2011. С.
297-302**

Барабаш Анатолий Сергеевич
кафедра уголовного процесса Юридического института
Сибирского федерального университета,
профессор, доктор юридических наук, доцент

С момента появления в умах российских исследователей и законе термина «состязательность» многие пытались определить ее сферу в уголовном процессе. Отталкиваясь от способа законодательного закрепления состязательности в законе и трактовки понятия «судопроизводства», Е.В. Кронов констатирует, что формально и Конституция РФ и УПК РФ распространяют действие состязательности и на досудебную и судебную стадии¹. Ключевым здесь является слово «формально», т.к. законодатель предоставляет участникам судопроизводства равные права только в судебном разбирательстве. А без равенства прав, если исходить из содержания ст. 15 УПК РФ, состязательность не может быть реализована. Проведенный анализ действующего закона привел Т.Г. Бородину и И.Ф. Демидова к выводу о том, что «равенства возможностей обвинения и защиты в существующей системе досудебного следствия не может быть по определению»².

Таким образом, как полагают многие исследователи, российский уголовный процесс, начиная с Устава уголовного судопроизводства 1864 года, был сконструирован как смешанный. Таковым он является и в настоящее время³. Смешанность его проявляется в том, «что в нем досудебные и судебные стадии построены на разных началах (в досудебном производстве - инквизиционных, а судебном - на состязательных)»⁴. Правда, есть мнение, что не все так просто с досудебным производством. Если, как пишет Э.С. Каминский, «В настоящее время конституционный принцип состязательности и равноправия сторон в судебном производстве по уголовному делу реализован в

¹ Кронов Е.В. О реализации принципов состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе России // Журнал российского права, 2008, № 2 // СПС «Консультант+»; См., также: Каминский Э.С. Принцип состязательности по уголовно-процессуальному законодательству Российской Федерации // Российский следователь, 2009, № 9 // СПС «Консультант +» и др.

² Бородина Т.Г., Демидов И.Ф. Обвинение и защита: проблема равных возможностей // Журнал российского права, 2005 № 2 // СПС «Консультант +».

³ См.: Зайцева Е.А. К вопросу о законодательной власти в России, или как «правят УПК РФ // Российский судья, 2007, № 3 // СПС «Консультант+»; Леопа Н.В. Состязательность сторон в стадии судебного рассмотрения уголовных дел // Актуальные проблемы юридической науки: тез. Докл. Всерос. научн.-практ. конф./ Краснояр. гос. ун-та Юрид. инт-т; отв. ред. А.Н. Тарбагаев. – Красноярск: РУМЦ ЮО, 2005. С. 796; Мешков В.М., Соколов А.Н. О состязательности уголовного процесса через призму времени // Журнал российского права, 2006, № 2 // СПС «Консультант +» и др.

⁴ Барабанов П.К. Является ли по УПК РФ обвинение уголовным иском // Российская юстиция, 2008, № 7 // СПС «Консультант+».

достаточной мере. Этого пока нельзя сказать о досудебном производстве по уголовному делу, которое приобрело смешанный характер с сочетанием розыскного и состязательного уголовного процесса»⁵. В чем сочетание – ответа на этот вопрос в цитируемой работе нет. Да и приведенное утверждение противоречит материалу большинства исследователей. Не видят другие авторы смешанного характера досудебного производства, хотя ряд исследователей прилагают усилия к тому, чтобы состязательность нашла свое место и на стадии предварительного расследования. Не может, по их мнению, следователь быть объективным, не может он в своей деятельности соединять функцию обвинения и защиты⁶. Делается утверждение, что «соединение процессуальных функций в одном органе или должностном лице несовместимо с законом логики и психологии»⁷. Правда, с каким конкретно законом не уточняется.

Необъективность следователя вещь опасная. Реализуя установку на обвинение, он может пройти мимо доказательств, оправдывающих или смягчающих вину обвиняемого. Ситуация совершенно недопустимая. Выход отдельные авторы видят в уравнивании процессуальных возможностей следователя и защитника. В первую очередь они полагают, что у следователя и защитника должны быть равные права при собирании доказательств⁸. Л.В. Симанчева пишет: «в УПК следует закрепить обязанность защитника по собиранию так называемых оправдательных доказательств (положительные характеристики, обстоятельства, смягчающие наказание, исключающие преступность и наказуемость деяния, обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности), и, соответственно, дополнить ч.1 ст. 86 УПК РФ указанием на защитника как субъекта собирания доказательств, что на наш взгляд, хотя бы формально говорило о процессуальном равенстве сторон»⁹. Какая-то неполная, куцая, «формальная» состязательность получается. И разве это состязательность, суть которой в равных правах следователя и защитника по собиранию доказательств?

Близкой к рассмотренной является точка зрения И.Б. Лапина, который подчеркивает, что равенство обвинения и защиты должно быть достигнуто в рамках исследования доказательств. Он пишет: «Действующие концептуальные основы состязательности уголовного процесса важную роль отводят вопросам достижения баланса обвинения и защиты, усиливает необходимость

⁵ Каминский Э.С. Указ. соч.

⁶ Симанчева Л.В. Проблемы реализации процессуального равенства сторон в состязательном уголовном процессе // Право на судебную защиту в уголовном процессе: Европейские стандарты и российская практика: Сб. статей по мат. межд. науч.-практической конф. (г. Томск, 20-22 сентября 2007 г.) / Под ред. М.К. Свиридова. – Томск: Изд-во Том. ун-та. С.61. Подобные утверждения и аналогичные подходы к решению проблемы не новы. Отдельная часть дореволюционных исследователей на материале Устава уголовного судопроизводства говорили о том же и практически теми же словами. См.: Ясельская В.В. Проблемы реализации принципа состязательности в уголовном процессе дореволюционной России // Право на судебную защиту в уголовном процессе: Европейские стандарты и российская практика: Сб. статей по мат. межд. науч.-практической конф. (г. Томск, 20-22 сентября 2007 г.) / Под ред. М.К. Свиридова. – Томск: Изд-во Том. ун-та, 2007. С.82-87.

⁷ Поплавская Н.Н. Состязательность в уголовном процессе России: закон и реальность // Российская юстиция, 2008, № 6 // СПС «Консультант+».

⁸ Ясельская В.П. Указ. соч. С. 85.

⁹ Симанчева Л.В. Указ. соч. С. 63.

соблюдения определенных нормативных формально-процедурных предписаний, установленных в законе»¹⁰. Баланс этот видится автору в возможности активного участия сторон на основе равенства в процессе исследования доказательств уже в ходе досудебного производства по уголовным делам¹¹. Создается этот процессуальный баланс «всего последующего судопроизводства (появление равноправных сторон – обвинения и защиты от обвинения)» постановлением о привлечении лица в качестве обвиняемого¹². При согласии со сказанным этим автором неизбежен вывод, что именно с этого момента (момента вынесения постановления) у обвиняемого и его защитника появляются права, аналогичные правам следователя, и они наряду с ним могут проводить следственные действия по установлению невиновности или меньшей виновности обвиняемого. Но о состязательности ли здесь идет речь? Скорее всего, о равенстве сторон. Далее, возможно ли равенство сторон в стадии предварительного расследования? Обеспечено ли это равенство законодателем? Поиск ответов на эти вопросы дал следующий результат - автор описывает полномочия только одной стороны - следователя. Ничего другого ему закон и не может позволить.

Логическим завершением указанных выше подходов является мнение, что если делать состязательным предварительное расследование, то в полном соответствии с содержанием ст. 15 УПК - каждая сторона должна выполнять свою функцию: следователь устанавливает обстоятельства обвинительного свойства, иные – обвиняемый, подозреваемый, а также его законный представитель и защитник¹³. Таким образом, на защитника «возлагается обязанность защищать подзащитного. «Защищать – значит доказывать его непричастность к совершенному преступлению, невиновность или меньшую степень таковой. Поэтому можно сказать, что защитник несет обязанность доказывания непричастности, невиновности или меньшей степени виновности своего подзащитного»¹⁴. Все. Больше сказанного не скажешь. Защитник, обвиняемый – субъекты доказывание обстоятельств, оправдывающих и смягчающих вину. Не доказал – не выполнил обязанность, неси негативные последствия.

Во всех основных современных мировых формах процесса, не исключая и состязательный, защита перед обвинением имеет привилегии, она освобождена от обязанности доказывания¹⁵. Нам же предлагают отказаться от этих

¹⁰ Лапин И.Б. Проблемы обеспечения законности и обоснованности привлечения лица в качестве обвиняемого: Дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2007. С. 12.

¹¹ Там же. С. 20.

¹² Там же. С. 39.

¹³ Козубенко Ю.В. Уголовное преследование: вопросы теории и практики: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006. С. 67.

¹⁴ Хозова Л.П., Рябцев А.А. О правах подозреваемого и обвиняемого в ходе доказывания по действующему УПК РФ // Судебная власть в России: закон, теория и практика: Сборник статей по итогам Международной научно-практической конференции. Тюмень, 19-20 ноября 2004 г. – М.: Издательская группа «Юрист», 2005. С. 483.

¹⁵ Наличие этой привилегии вообще ставит вопрос о существовании состязательного процесса не только в том виде, как его понимает российский законодатель и указанные выше авторы, но и в реальности. Сейчас можно говорить о публично-состязательном процессе. Вот он - то точно смешанный.

привилегий, отбрасывая российский уголовный процесс на несколько столетий назад.

Итак, вернемся к основному тезису следствия которого мы рассматривали. Следователь не объективен, он не может одновременно выполнять функцию обвинения и защиты. А он и не должен этого делать. Ведь, по сути, хотя законодатель и относит его к стороне обвинения, называет органом уголовного преследования, цель, что ставит он перед ним, не позволяет ему быть таковым. В ст. 74 УПК среди государственных органов, обязанных устанавливать все обстоятельства, подлежащие доказыванию, в том числе и оправдательные и смягчающие вину, указан, наряду с другими органами государства, и следователь. Принципы, которым он должен следовать при этом, закрепленные и незакрепленные в УПК (применительно к последним речь идет о гносеологических основаниях познавательной деятельности), при их надлежащей реализации, позволяют получить результат, соответствующий цели, существующий в законе механизм познавательной деятельности приспособлен для этого. После сказанного возможен только один вывод – чтобы выполнить стоящие перед ним цели, следователь должен поставить себя в позицию исследователя, одинаково относящегося к проверке любых версий по делу, ведь только такое отношение и позволит установить все обстоятельства, подлежащие доказыванию. В этом его публичное служение. А если нам по-прежнему важно, какую функцию он выполняет – ответ однозначен – функцию предварительного расследования.

Подобное отношение к делу позволит следователю быть объективным. Не стоит следователю навязывать функцию уголовного преследования, обвинения, тогда не будет оснований, с учетом выше сказанного, опасаться того, что он будет необъективен при расследовании. И не нужны в такой ситуации никакие активные права для адвоката.

Высказав свое отношение к тому, что, как и почему следователь должен делать, я не могу обозначить эту деятельность как инквизиционную или розыскную. Полагаю, что это устаревшие обозначения, в которые вкладывается негативный смысл, фиксирующий обвинительный уклон. Хотя сами по себе эти термины нейтральны, но применение их не соответствует действительному месту следователя в современном уголовном процессе. Самое приемлемое обозначение его деятельности для нашего времени – следственная.

Прежде чем подводить итог рассматриваемому вопросу, для того чтобы снять все сомнения в смешанности предварительного расследования, напомним приведенное в начале статьи высказывание Э.С. Каминского о том, что досудебное производство по уголовному делу приобрело смешанный характер с сочетанием розыскного и состязательного уголовного процесса. Как представляется, в основе такого утверждения лежит передача суду надзорных полномочий прокурора. Сейчас эта деятельность известна как судебный контроль. Суд стал рассматривать жалобы на отказ в возбуждении уголовного дела, прекращение уголовного дела, на приостановление производства по уголовному делу, о выделении или соединении уголовных дел, на действия и решения, связанные с производством обыска и наложением ареста на

имущество, об отстранении от должности, о помещении в стационар для проведения судебно-психиатрической экспертизы, а также на задержание, заключение под стражу и продление сроков содержания под стражей. Несомненно, что в большинстве случаев рассмотрение жалобы участника процесса на решение следователя, например, об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, осуществляется в состязательной процедуре, но значит ли это, что данная деятельность суда вплетена в ткань предварительного расследования и является составной частью его. Влиять на расследование это может, но не может быть им. Законодатель предоставил участнику процесса в том случае, когда при осуществлении публичной деятельности по расследованию следователь, как он (участник) посчитал, не учел или нарушил его законные права и интересы, обратиться за защитой в суд. Ситуация аналогична той, что возникает при обжаловании приговора в суд кассационной инстанции, но вряд ли кто будет утверждать, что деятельность суда кассационной инстанции является частью судебного разбирательства по первой. Как в том, так и в другом случае деятельность осуществляется по поводу возможных нарушений, но не вместо деятельности в этих стадиях.

Из всего сказанного следует вывод, что нет никаких оснований говорить о смешанности предварительного расследования, более того – нет и необходимости вводить состязательность в его рамки. Хотя если обратиться еще раз к рассмотренным точкам зрения, то по сути, ни в одной из них не шла речь о состязательности. Напомню, в одном случае предлагалось предоставить защитнику равные со следователем права по сбору доказательств, в другом, чуть шире – предоставить защитнику равные со следователем права по исследованию доказательств (правда, это предложение так и не обрело конкретики), в третьих - возложить на защитника обязанности устанавливать обстоятельства, свидетельствующие о невиновности или о меньшей виновности обвиняемого. Все это производное от состязательности, но не сама она.

Что же следует понимать под состязательностью? При поиске в современной процессуальной литературе ответа на этот вопрос мы сталкиваемся с более чем странной картиной. То, что пишут сейчас о состязательности, не соответствует не только тому, что пишут о ней зарубежные авторы, живущие в странах общего права, где началом уголовно-процессуальной формы является состязательность. Но и тому, как определяли сущность состязательности советские и российские ученые. В работах зарубежных исследователей особого разночтения в том, что такое состязательность нет¹⁶. Это спор, спор между сторонами в судебном разбирательстве¹⁷. Советские и российские ученые рассматривали ее в том же ключе, как «способ исследования доказательств, способ отстаивания участниками процесса своей позиции по делу, осуществления ими своих прав и обязанностей, средство для установления истины, метод ее отыскания»¹⁸. Для

¹⁶ См., например: Уайнреб Ллойд Л. Отказ в правосудии. Уголовный процесс в США. М.: Юрид. лит., 1985. С.127.

¹⁷ Причем, добавим от себя, этот спор каждая из сторон ведет, основываясь на результатах познания ею.

¹⁸ Макарова З. Состязательность нужна, но какая? // Законность. 1999. № 3. С. 25.

них весь процесс выглядит как «полемика сторон, защищающих свои законные интересы»¹⁹. Спор – сущность судебного разбирательства, на нем основаны не только судебные прения, но и все судебное разбирательство. Спор – сущность состязательности. Все изменилось с принятием действующего кодекса. Сейчас даже маститые исследователи, говоря о состязательности, не выходят, как правило, за рамки содержания ст. 15 УПК РФ. Вероятно, это признак политкорректности. Подобный подход четко выдержан в комментарии к УПК «отцов – основателей» действующего кодекса. Для них принцип состязательности означает: 1) разграничение функций обвинения (уголовного преследования) и защиты и возложение этих функций на стороны обвинения и защиты; 2) отделение функции разрешения дела (правосудия) от функций обвинения и защиты; 3) процессуальное равноправие сторон²⁰. К перечисленному И.Л. Петрухин добавляет «разбирательство дела путем полемики сторон перед независимым и беспристрастным судом»²¹. Что из этого состязательность, а что позволяет ей реализовываться? Из того, что приведено выше ближе всего к правильному пониманию подошел И.Л. Петрухин, но ошибка его заключается в том, что он спор, который может протекать в форме полемики, поставил на один уровень с производными от него. Для возможности осуществления спора и должны быть разграничены функции сторон, от них должна быть отделена функция правосудия, судья не сторона в споре, а арбитр, ну а если не будет равенства – возможен будет спор?

Выявленное содержание состязательности снимает всякое основание для утверждений о возможности состязательного построения предварительного расследования. Спорить можно по поводу полученного результата, нет его – нет и оснований для спора. Деятельность в рамках стадии предварительного расследования осуществляется как раз для получения познавательного результата.

Но если нет и не может быть состязательности в предварительном следствии, то, как считают большинство исследователей, она реализуется в суде, ведь в суд уже представлены результаты познания. Это утверждение мы постараемся проверить, найдя ответ на вопрос – построена ли деятельность в российском суде по схеме состязательного процесса. Иначе – является ли состязательность альфой и омегой судебного разбирательства.

Спор, противоборство сторон возможны тогда, когда участники судебного разбирательства могут оперировать фактическими данными. Но вот когда у них появляется возможность ими оперировать? По мнению М.С. Строговича, приведенному выше, такая возможность существует на протяжении всего судебного разбирательства. Последнее утверждение вызывает серьезные сомнения, особенно применительно к судебному следствию, ведь именно в его рамках участники судебного разбирательства получают возможность, исследуя

¹⁹ Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса Т. 1. Основные положения науки советского уголовного процесса. М.: Наука, 1968. С. 149.

²⁰ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. Д.Н. Козак, Е.Б. Мизулина. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 94

²¹ Петрухин И.Л. Реформа уголовного правосудия в России не завершилась // Законодательство. 2006. N 3. С. 69 - 70.

информационные доказательства, делать вывод о наличии любых фактических данных, формировать свою позицию. Стоит полностью согласиться с С.Д. Шестаковой, которая пишет, что «спор сторон, свойственный состязательному судебному разбирательству, не может состояться, если позиции спорящих еще не сформировались или сформировались не окончательно, или появились основания для их корректировки»²². В рамках судебного следствия осуществляется познание, спор здесь не уместен, место ему там, где предстоит оценить результат познавательной деятельности, обосновать правильность своей позиции.

Вероятно, вся проблема заключается в том, как понимать судебное познание, какой смысл вкладывать в исследование доказательств. При сведении его к оценке становятся понятными позиция и аргументация сторонников состязательности, но оценка – это завершение процесса познания, итог реализации в нем законов не только формальной, но и диалектической логики, реализации в их единстве. Именно последнее может служить основой возражения, что оценка не только завершает процесс познания, но и сопровождает его.

Оценка оценке – рознь. В рамках процесса доказывания она является основанием для проверки, выступая скрытым механизмом познания и получает внешнее выражение в вопросах, которые своим содержанием направлены на выяснение достоверности полученной ранее информации, или в ходатайствах по поводу привлечения к исследованию новых доказательств. Оценка отдельно взятых доказательств – не предмет для спора, а основание для дальнейшего исследования, для получения материала, позволяющего достоверно установить картину происшедшего.

Состязательность в процессе исследования отдельно взятых доказательств возможна только по одному вопросу оценки – допустимости, так как здесь можно сразу подвести итог, остальные вопросы оценки можно окончательно установить только в результате исследования всех доказательств.

В российском уголовном процессе участники судебного разбирательства приходят в суд, это относится и к прокурору, без готовых установок, перед ними, в рамках непосредственного исследования доказательств, стоит задача познать и на основе познанного сформировать внутреннее убеждение и в судебных прениях донести его до сознания судьи. Исследуя доказательства, они преодолевают сомнения, а сомнение – это не основа состязательности. Состязательность там, где исследование закончено, и необходимо дать интерпретацию уже исследованным доказательствам.

Чтобы сделать процесс похожим на состязательный, законодатель настаивает на том, что каждая из сторон представляет в суде свои доказательства, но вряд ли эти доказательства можно назвать доказательствами прокурора и защиты, которые связаны с результатом их деятельности, по содержанию доказательства могут быть обвинительными или оправдательными, но собраны они следователем. Упирая именно на этот

²² Шестакова С.Д. Состязательность уголовного процесса. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. С. 97.

момент, Т.А. Лотыш считает, что «исследование в суде сначала обвинительных, а затем оправдательных доказательств неприменимо в ситуации, когда сбор доказательств осуществляется в ходе предварительного следствия следователем, получающим одновременно доказательства обвинительного и оправдательного характера»²³. Положение адвоката в рамках предварительного расследования, по сравнению с прошлым, осталось, в основных моментах, тем же положение прокурора в тексте закона изменилось, и это изменение, лишившее его функции процессуального руководства и оставившее ему только функцию надзора, дает еще меньше оснований считать его в суде обвинителем. Надзирая за следствием, он не осуществлял непосредственного исследования доказательств, а ведь только на этой основе можно сформировать внутреннее убеждение. В силу этой же причины, отсутствия возможности непосредственного исследования доказательств, при утверждении обвинительного заключения он не может сделать вывод об их достоверности. Какой же он после этого обвинитель, в суд он идет как орган надзора. Косвенное указание на это мы находим у законодателя, который требует от прокурора обеспечить не только законность, но и обоснованность обвинения (ч.4 ст. 37 УПК РФ), а так как центральной частью и по действующему закону является судебное следствие, место состязательности – в судебных прениях.

Проделанный анализ позволяет утверждать, что судебное разбирательство в российском процессе организовано так, что обеспечивает возможность коллективной познавательной деятельности, в которой участвует и суд, результаты ее каждый участник оформляет в судебных прениях. Таким образом, состязательность не определяет схему познавательной деятельности в судебном разбирательстве, не является началом, определяющим его суть. Как и в случае с предварительным расследованием, определяющим началом судебного разбирательства является публичность. Как та стадия, так и другая носят исследовательский характер. В силу этого российский уголовный процесс можно назвать следственным.

²³ Лотыш Т.А. Принцип состязательности и гарантии его обеспечения в уголовном судопроизводстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 16-17.