

мы, игнорируют и уголовно-правовой, и уголовно-процессуальные критерии дифференциации¹.

То есть тенденции развития отечественного уголовно-процессуального законодательства демонстрируют разрушение связи дифференциация уголовного права (в данном случае под дифференциацией уголовного права понимается дифференциация оснований уголовной ответственности) – дифференциация уголовно-процессуального права (в виде дифференциации уголовно-процессуальной формы).

Полагаем, причина разрыва данной связи состоит в том, что законодатели, осуществляя нормотворческую деятельность, рассуждают не о том, какое видоизменение процессуальной формы допускают те или иные уголовно-правовые нормы, содержащие отдельные составы преступлений, а о том, на какой уголовно-правовой базис можно распространить новые процессуальные формы, введение которых в уголовное судопроизводство является желательным в конкретный момент времени.

Взамен возникает новая связка: дифференциация уголовно-процессуальной формы – дифференциация уголовной ответственности в виде установления специальных правил назначения наказания, помогающих корректировать уголовно-правовые последствия упрощенных судебных процедур, чтобы их можно было распространять на более широкий круг уголовных дел.

МОДЕЛИ ВЗАИМООТНОШЕНИЙ СЛЕДОВАТЕЛЯ И ЗАЩИТНИКА НА СТАДИИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

DOI 10.17223/9785751123871/15

А.А. Брестер, Л.С. Белецкая

Согласно данным проведенного нами анкетирования², на сегодняшний день следователи склонны видеть в защитнике не столько

¹ Якимович Ю.К. Дифференциация уголовного судопроизводства должна иметь разумные пределы и не приводить к упрощенчеству // Вестник Томского государственного университета. Сер. «Право». 2014. № 2 (12). С. 106–107.

² Анкетирование проводилось на территории Красноярского края. В нем приняли участие 43 адвоката из различных адвокатских образований края и 25 следователей трех

лицо, реализующее законные интересы доверителя и способствующее правосудию, сколько процессуального противника, с которым необходимо соперничать.

Действующий УПК РФ помимо закрепления в тексте закона принципа состязательности называет следователя и защитника «сторонами». Тем же понятием оперирует раздел II УПК РФ, который формально относит следователя к стороне обвинения. Это обстоятельство позволяет некоторым процессуалистам утверждать, что деятельность следователя является обвинительной, а его взаимоотношения с защитником носят характер противоборства, противостояния, борьбы¹.

Подобная модель взаимоотношений – *модель противоборства* – характерна для крайней формы состязательности уголовного судопроизводства, и некоторым ее примером является уголовный процесс США, где полиция, являясь органом исполнительной власти и производящая расследование, действует исключительно в интересах обвинения, формируя не «единое дело», а свое собственное «досье»². Отличается американская модель от российской и тем, что по-иному организована деятельность защитника: он наделен правом по сбору доказательств³, поскольку сами по себе понятия «противоборство», «противостояние» предполагают наличие двух сторон, которые имеют примерно равный объем полномочий для реализации такой конфронтации. При этом важно понимать, что сторона защиты

следственных отделов г. Красноярска ГСУ СК России по Красноярскому краю. Согласно результатам 81 % опрошенных следователей воспринимают адвоката как процессуального противника, а 80 % опрошенных адвокатов отметили, что сталкивались в своей работе с ситуациями, которые они оценивают как противодействие адвокатской деятельности со стороны следователя.

¹ Вишневская О.В. Состязательная деятельность защитника на предварительном следствии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004. С. 16. Аналогичные суждения см., напр.: Лобанова А.А. Адвокат как сторона защиты в состязательном досудебном производстве по уголовному делу: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2003. С. 45–46.

² Головки Л.В. Архетипы досудебного производства, возможные перспективы развития отечественного предварительного следствия // Уголовное судопроизводство. 2014. № 2. С. 9–16.

³ Упоминание российским законодателем в УПК о том, что защитник вправе собирать доказательства без указания на механизм реализации такого права, позволило ряду исследователей опубликовать немало работ, посвященных тактике и стратегии адвокатского расследования. См., напр.: Мартынич Е.Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность (к разработке модели) // Адвокатская практика. 2004. № 1. С. 16–21; Маслов И.В. Адвокатское расследование // Законность. 2004. № 10. С. 34–38; Стройков В.А. Реализация права защитника на опрос лиц // Законность. 2004. № 6. С. 52–54.

в американском процессе не вправе ограничивать конституционные права личности. В этом смысле полного равенства сторон на досудебной стадии не может существовать¹.

Истории российского уголовного процесса не чужда идея о противостоянии следователя и защитника, но высказывалась она в трудах дореволюционных ученых исключительно в контексте невозможности обеспечить и санкционировать обязанность следователя осуществлять расследование по уголовному делу, устанавливая обстоятельства, как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого².

Из того же основания исходят и современные процессуалисты. Например, С.А. Шейфер подмечает обязанность современного следователя «устанавливать факты, не совместимые с обвинением, опровергающие его», но далее пишет: «Следователь не может не испытывать чувства раздвоенности, сознавая себя, с одной стороны, обвинителем, а с другой – лицом, обязанным опровергать себя как обвинителя, собирая и исследуя оправдывающие обвиняемого доказательства»³.

Подобное основание позволяет сформулировать отдельным учебным мнение о том, что защитник во что бы то ни стало должен действовать в интересах своего клиента с целью опровержения тезиса следователя о виновности подзащитного или смягчения его ответственности⁴. Тем самым роль защитника усматривается в том, чтобы

¹ Настоящая работа призвана описать две модели взаимоотношений участников и субъектов уголовного судопроизводства: модель противоборства, противодействия, борьбы и в качестве противоположной ей модели взаимодействия. Говорить о реализации таких моделей в чистом виде на практике не приходится, они имеют скорее научное значение и выступают в качестве идеала, ориентира деятельности.

² *Даневский В.П.* Наше предварительное следствие, его недостатки и реформа. М., 1915. С. 10–13; *Гернет М.Н.* Устав уголовного судопроизводства. Систематический комментарий. Вып. 3. Ст. 249–594. М., 1914. С. 618. Мы позволяем себе ссылаться на авторов дореволюционного периода, поскольку видим существенные сходства между тем, какое назначение возлагал на судебного следователя законодатель XIX в. и на следователя действующий УПК. Опуская некоторые детальные различия, прежде всего, речь идет о том, что судебный следователь был обязан исследовать с полным беспристрастием все обстоятельства дела, как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого. Такая обязанность была прямо закреплена в ст. 265 Устава Уголовного судопроизводства. Что касается УПК РФ, то ст. 73 носит аналогичный характер: среди обстоятельств, подлежащих доказыванию, закон называет как «уличающие», так и «оправдывающие» обстоятельства.

³ *Шейфер С.А.* Следственная власть: история и современность. URL: [http:// www.iuaj.net/node/478](http://www.iuaj.net/node/478) (дата обращения: 11.09.2015).

⁴ Например, читаем у О.В. Вишневой: «Целью состязательной деятельности защитника на предварительном следствии является охрана прав, свобод и личных интересов подозреваемого и обвиняемого. Под охраной мы понимаем не процесс, а результат, то

защитить своего доверителя от обвинения в любом случае вне зависимости от того, является ли законным его интерес. Мы полагаем, это может сделать невозможным достижение цели уголовного судопроизводства. Под целью уголовно-процессуальной деятельности мы понимаем установление обстоятельств, подлежащих доказыванию, сформулированных в ст. 73 УПК РФ¹.

Предположим, что следователь осуществляет свою функцию по расследованию преступления путем объективного, всестороннего, полного исследования, действуя в соответствии с законом, и в таких условиях появляется защитник, который имеет право на параллельное расследование. Это не позволяет следователю достичь цели по установлению обстоятельств, подлежащих доказыванию, так как второй субъект получит возможность этому препятствовать, в том числе уничтожать доказательства, искажать информацию. Начнется «гонка» за доказательствами, которая вряд ли станет основой получения достоверного итога расследования.

Модель противоборства обсуждается сегодня на самом высоком уровне и претворяется в концепции создания лица, которое таким противоборством будет управлять. Речь идет об идее возрождения института следственных судей². Авторы и сторонники концепции

есть сохранение за подозреваемым (обвиняемым) всех прав, свобод и интересов, которыми он обладал до начала уголовного преступления. Такая цель сохраняется в деятельности защитника и в случае, когда он объективно уверен в невиновности своего подзащитного, и тогда, когда есть сомнения в его невиновности или даже уверенность, что доказательства его вины достоверны и достаточны. Если обвиняемый отрицает свою вину, защитник обязан стоять на этой же позиции, независимо от обвинительных доказательств». *Вишневская О.В.* Состязательная деятельность защитника на предварительном следствии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004. С. 16. Аналогичные суждения см., напр.: *Адаменко В.Д.* Сущность и предмет защиты обвиняемого. Томск, 1983. С. 111–115.

¹ *Барабаш А.С.* Публичное начало российского уголовного процесса: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Красноярск, 2006. С. 24–26.

² Началом большому обсуждению послужила статья А.В. Смирнова «Почему России нужен новый Уголовно-процессуальный кодекс», опубликованная в сентябре 2014 г. в журнале «Уголовный процесс». После этого последовало еще несколько статей того же автора в сети Интернет: «Российский уголовный процесс: от заката до рассвета» (декабрь 2014 г.), «Российский уголовный процесс: необходима новая модель» (январь 2015 г.). На данный момент идея введения следственных судей опубликована на уровне концепции: «Возрождение института следственных судей в российском уголовном процессе». URL: http://rapsinews.ru/judicial_analyst/20150224_/273218436.html (дата обращения: 11.09.2015). Далее в тексте – концепция.

изначально исходят из наличия сторон и говорят о необходимости обеспечить им равенство возможностей¹.

Помимо прочего, существуют попытки обосновать модель противоборства с точки зрения экономики со ссылкой на исследование недавнего нобелевского лауреата Жана Тироля в соавторстве с Матиасом Деватрипоном «Адвокаты», утверждая, что авторы пришли в статье к выводу: только в процессе с конфликтующими сторонами возможно обнаружить полный набор доказательств «за» и «против»².

Действительно, в статье Ж. Тироля³ говорится о том, что возложение бремени доказывания на двух сторон, каждая из которых отстаивает свой тезис и осуществляет поиск информации для его аргументации с точки зрения затрат, предпочтительнее, чем возложение обязанности по сбору такого же объема информации на одно лицо, принимающее решение. Авторы приходят к выводам о том, что при наличии двух сторон, каждая из которых собирает необходимую ей информацию соответствующей позиции (в том числе по уголовному делу)⁴, между этими сторонами неизбежно появляется конкуренция, которая позволяет получить либо больше информации, либо такое же количество информации, но при более низких затратах и за более короткий промежуток времени. При существовании же единственного субъекта сбора информации и принятия решений, например, судьи или следователя, во-первых, увеличивается период времени, за которое собирается такое же количество информации, во-вторых, такая ситуация вынуждает субъекта прилагать больше усилий и, в-третьих, предполагает несение больших затрат.

¹ Например, в документе пишется следующее: «Главный дефект нынешнего УПК РФ – господство на так называемых досудебных стадиях процесса стороны обвинения и фактическое процессуальное неравноправие с ним стороны защиты, в результате чего судебные доказательства формируются, по сути, одним лишь публичным обвинителем (следователем, дознавателем), тогда как другая сторона – защита – такой возможностью не обладает». О компетенции и порядке формирования института следственных судей в РФ см.: *Брестер А.А.* Следственный судья шагает по стране – обсуждение в регионах: авторский блог преподавателя. URL: <http://alex-brester.livejournal.com> (дата обращения: 7.09.2015).

² Extra Jus: Суд как игра судьи с самим собой // Ведомости. URL: <http://www.vedomosti.ru/newspaper/articles/2014/02/06/sud-kak-igra-sudi-s-samim-soboj> (дата обращения: 15.09.2015).

³ *Tirole D.* Advocates // The Journal of Political Economy. 1999. Vol. 107, no. 1. P. 1–39.

⁴ Особо следует обратить внимание на то обстоятельство, что Ж. Тироль пишет не об уголовном судопроизводстве, а использует его лишь в качестве одного из примеров.

Но предметом исследования автора является развитое капиталистическое общество. Охарактеризовать так российское общество и культуру на нынешнем этапе едва ли возможно. Кроме того, в исследовании Ж. Тироля указывается и на недостатки состязательной модели, в частности, внимание уделяется возможности манипулирования информацией обеими сторонами¹, что упускается теми, кто ссылается на статью в обоснование модели противоборства.

В качестве противоположной модели взаимоотношений следователя и защитника рассматривается *модель взаимодействия*, которая предполагает, что у следователя и защитника нет противоположных целей, что, конечно, не означает, что цель у них общая. Каждый из них способствует правосудию, а уголовно-процессуальные механизмы устроены таким образом, чтобы не допустить односторонность субъекта деятельности на данной стадии. В основе такой модели лежит метод объективного, всестороннего и полного исследования обстоятельств дела².

Идея о взаимодействии, а не противоборстве защитника и властных субъектов, об обеспечении защитником реализации органами следствия, прокуратуры и суда и их должностными лицами публичного предназначения также высказывалась дореволюционными исследователями и признавалась в качестве возможной и разумной, в сторонах виделись помощники суда³.

Если односторонность в состязательном процессе поощряется, то в публичном процессе и в модели взаимодействия его участников

¹ *Tirole D. Advocates*. P. 16–23.

² *Брестер А.А.* Начало, форма и метод российского уголовного процесса: дис. ... канд. юрид. наук: Томск, 2013. 219 с.; *Стойко Н.Г.* Уголовный процесс западных государств и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем. СПб., 2006. С. 102, 115.

³ Читаем у А.Ф. Кони: «Состязательное начало в процессе выдвигает как необходимых помощников судьи в исследовании истины – обвинителя и защитника. Их совокупными усилиями освещаются разные, противоположные стороны дела и облегчается оценка его подробностей». *Кони А.Ф.* Нравственные начала в уголовном процессе. Избранные произведения. М.: Госюриздат, 1956. При разработке проекта Устава Уголовного судопроизводства члены Комиссии 1862 г. единогласно признавали необходимость допущения защиты на следствия, мотивируя это тем, что защитник полезен не только обвиняемому, но и самому следователю, поскольку помогает сохранить последнему объективность. Необходимость в защите на предварительном следствии виделась в том, чтобы защитник указывал следователю на обстоятельства, оправдывающие обвиняемого. См.: Журнал Соединенных департаментов законов и гражданских духовных дел Государственного сената. 1864. С. 32. Цит. по: Объяснительная записка к проекту новой редакции Устава уголовного судопроизводства. СПб.: Сенатская типография. 1900 г. Т. II. С. 127.

и субъектов односторонность в деятельности органов государства – явление негативное и предполагает необходимость наличия процессуальных механизмов, способных ее уравновесить. Таким процессуальным механизмом и является деятельность защитника. Он должен обратить внимание на отдельные обстоятельства расследуемого преступления, тем самым предотвратив обвинительный уклон в деятельности следователя.

Действующий УПК РФ содержанием ст. 73 настраивает нас на модель взаимодействия следователя и защитника¹. Это обусловлено, прежде всего, той ролью, которую закон возлагает на следователя, а именно обязанностью осуществления активной познавательной деятельности, что порождает неравенство прав и возможностей субъектов и участников уголовно-процессуальной деятельности. Только следователь вправе осуществлять следственные действия, только он наделен правом применять меры процессуального принуждения в случае неисполнения участниками деятельности возложенных на них обязанностей и осуществления ими препятствий по расследованию преступлений. Защитник лишен возможностей по реализации таких полномочий, он при таких обстоятельствах не вправе ограничивать конституционные права личности.

Таким образом, нами выделены две модели взаимоотношений лица, ведущего расследование от государства, и защитника. Модель противоборства обосновывается, прежде всего, тем, что следователь не может поставить себя в позицию исследователя.

Но действующий уголовно-процессуальный закон не содержит механизма реализации модели противоборства следователя и защитника, не давая последнему никаких полномочий для такого противоборства, но предоставляя все полномочия по ведению расследования следователю. Это позволяет говорить о том, что закон нацеливает на взаимоотношения по иной модели – модели взаимодействия, которая предполагает выстраивание институциональных механизмов таким образом, чтобы максимально преодолеть односторонность субъекта доказывания.

¹ Подробнее об этом см., напр.: *Барабаш А.С.* Борьба или взаимодействие – основа отношений в уголовном процессе России // Вестник КазНУ. Сер. юридическая. 2012. № 5. С. 25–29.