

А.В. Смирнов
К.Б. Калиновский

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

Под общей редакцией профессора **А.В. Смирнова**

Допущено Министерством образования Российской Федерации
в качестве **учебника** для студентов вузов,
обучающихся по направлению «Юриспруденция»
и специальности «Юриспруденция»

Четвертое издание, переработанное и дополненное



МОСКВА
2008

УДК 343(075.8)
ББК 67.411я73
С50

*По итогам конкурса на лучшую научную работу среди преподавателей
высших учебных заведений в 2004 г. учебник отмечен дипломом
Фонда развития отечественного образования в области юриспруденции*

Рецензенты:

В.З. Лукашевич, проф. Санкт-Петербургского государственного университета, заслуженный деятель науки РФ, д-р юр. наук,

И.Б. Михайловская, главный научный сотрудник Института государства и права РАН, заслуженный юрист РФ, д-р юр. наук, проф.,

В.С. Шадрин, проф. кафедры уголовного права Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры РФ, заслуженный юрист РФ, ст. советник юстиции, д-р юр. наук

Смирнов А.В.

С50 Уголовный процесс : учебник / А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский ; под общ. ред. проф. А.В. Смирнова. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : КНОРУС, 2008. — 704 с.

ISBN 978-5-390-00048-9

Настоящий учебник представляет собой полное научное изложение курса российского уголовного процесса в его исторической и идейной связи с мировыми процессуальными доктринами. Впервые в учебной юридической литературе здесь приводится развернутая классификация всех известных типов и видов уголовного судопроизводства, взятых в их историческом развитии. Вместе с тем авторы стремились уйти от описательной подачи материала. Лейтмотивом всей книги является идея состязательности процесса, которая служит не только юридическим, но и нравственным критерием оценки всех процессуальных институтов, равно как и практики их применения.

При подготовке учебника учтены последние изменения в уголовно-процессуальном и уголовном законодательстве.

Учебник предназначен для студентов высших учебных заведений, аспирантов, а также практикующих юристов.

**УДК 343(075.8)
ББК 67.411я73**

Санитарно-эпидемиологическое заключение
№ 77.99.60.953.Д.000035.01.08 от 09.01.2008 г.

Изд. № 943. Подписано в печать 08.04.2008.

Формат 70×100/16. Гарнитура «Times New Roman». Печать офсетная. Бумага газетная.

Усл. печ. л. 45,0. Уч.-изд. л. 57,85. Тираж 5000 экз. Заказ №

ЗАО «КноРус». 129110, Москва, ул. Большая Переяславская, 46.

Тел.: (495) 680-7254, 680-0671, 680-1278.

E-mail: office@knorus.ru <http://www.book.ru>

Отпечатано в полном соответствии с качеством
предоставленного издательством электронного оригинал-макета
в ОАО «Дом печати — ВЯТКА». 610033, г. Киров, ул. Московская, 122

ISBN 978-5-390-00048-9

© Смирнов А.В., Калиновский К.Б., 2008
© ЗАО «КноРус», 2008

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	11
----------------	----

Раздел I

ПОНЯТИЕ И ПРИНЦИПЫ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Глава 1. Понятие уголовного судопроизводства

§ 1. Понятие уголовного судопроизводства и уголовного процесса	14
§ 2. Уголовно-процессуальная форма	15
§ 3. Цели и задачи уголовного судопроизводства	17
§ 4. Уголовно-процессуальная наука	19

Глава 2. Уголовно-процессуальное право

§ 1. Предмет и методы правового регулирования в области уголовного процесса	24
§ 2. Понятие источников уголовно-процессуального права	26
§ 3. Роль Конституции Российской Федерации как источника уголовно-процессуального права	29
§ 4. Международно-правовые нормы в уголовном процессе	30
§ 5. Соотношение норм международного и внутреннего уголовно-процессуального права России	34
§ 6. Действие уголовно-процессуального закона во времени	36
§ 7. Действие уголовно-процессуального закона в пространстве	37
§ 8. Действие уголовно-процессуального закона по кругу лиц	39
§ 9. Роль в уголовном судопроизводстве постановлений Конституционного Суда РФ, разъяснений Верховного Суда РФ, приказов и указаний, положений и инструкций, издаваемых Генеральной прокуратурой РФ	41
§ 10. Соотношение уголовного процесса с другими отраслями права и специальных знаний	43

Глава 3. Типы и виды уголовного процесса

§ 1. Состязательный тип уголовного процесса	46
§ 2. Розыскной тип уголовного процесса	52

Глава 4. Принципы состязательного уголовного процесса

§ 1. Понятие принципов судопроизводства	60
§ 2. Публичность	61
§ 3. Объективная истина	63
§ 4. Равенство сторон и независимость суда	67
§ 5. Обеспечение подозреваемому и обвиняемому права на защиту	69
§ 6. Презумпция невиновности	71
§ 7. Очность процесса и непосредственность исследования доказательств	73
§ 8. Устность	74
§ 9. Оценка доказательств судом по внутреннему убеждению	76
§ 10. Гласность	77
§ 11. Недопустимость повторного привлечения к уголовной ответственности за одно и то же деяние (non bis in idem)	79
§ 12. Принципы неприкосновенности личности, жилища и частной жизни, охраны иных прав и свобод человека и гражданина	80
§ 13. Законность в уголовном судопроизводстве	84

Раздел II

УЧАСТНИКИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Глава 5. Участники уголовного процесса

§ 1. Понятие и классификация участников уголовного судопроизводства. Уголовно-процессуальные функции	88
§ 2. Суд	92
§ 3. Органы уголовного преследования	97
§ 4. Прокурор в российском уголовном процессе	98
§ 5. Следователь	106
§ 6. Руководитель следственного отдела	109
§ 7. Органы дознания	112
§ 8. Дознаватель	116
§ 9. Потерпевший	118
§ 10. Частный обвинитель	122
§ 11. Гражданский истец	123
§ 12. Представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя	127
§ 13. Подозреваемый	128
§ 14. Обвиняемый	133
§ 15. Защитник	137
§ 16. Гражданский ответчик	148
§ 17. Свидетель	150
§ 18. Эксперт	154
§ 19. Специалист	156
§ 20. Переводчик	158
§ 21. Понятые	159

Глава 6. Обстоятельства, исключающие участие в уголовном судопроизводстве. Отводы

§ 1. Понятие обстоятельств, исключающих участие в производстве по уголовному делу. Отводы и самоотводы	162
§ 2. Отвод судьи	165
§ 3. Обстоятельства, препятствующие участию лица в рассмотрении уголовного дела в качестве присяжного заседателя. Освобождение кандидатов в присяжные заседатели от участия в рассмотрении уголовного дела. Отводы и самоотводы присяжных заседателей	167
§ 4. Отвод прокурора, следователя и дознавателя	169
§ 5. Отвод защитника и представителей	170
§ 6. Отвод иных участников уголовного судопроизводства	172

Раздел III

ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ

Глава 7. Доказательства и доказывание

§ 1. Понятие процесса доказывания	176
§ 2. Предмет и пределы доказывания по уголовному делу	178
§ 3. Понятие доказательств в уголовном судопроизводстве. Относимость и допустимость доказательств	183
§ 4. Классификация и виды доказательств	191
§ 5. Структура процесса доказывания: его уровни и элементы	208
§ 6. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности	216
§ 7. Формальные средства доказывания	222

Раздел IV

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРИНУЖДЕНИЕ

Глава 8. Меры процессуального принуждения

§ 1. Понятие и классификация мер процессуального принуждения	230
--	-----

§ 2. Задержание подозреваемого и обвиняемого	235
§ 3. Меры пресечения: общие положения	245
§ 4. Психолого-принудительные меры пресечения	254
§ 5. Физически-принудительные меры пресечения	261
§ 6. Иные меры процессуального принуждения	277

Раздел V

ИНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ОБЩЕЙ ЧАСТИ

Глава 9. Ходатайства и жалобы

§ 1. Ходатайства и жалобы	290
§ 2. Обжалование действий и решений суда и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство	291

Глава 10. Процессуальные сроки. Процессуальные издержки

§ 1. Процессуальные сроки, их виды. Порядок исчисления, продления и восстановления сроков	296
§ 2. Понятие и состав процессуальных издержек по уголовному делу. Порядок их исчисления, возмещения и взыскания	300

Глава 11. Реабилитация

§ 1. Понятие реабилитации, ее основания и объем	307
§ 2. Порядок возмещения вреда при реабилитации	310
§ 3. Возмещение реабилитированному морального вреда	310
§ 4. Восстановление иных прав реабилитированного	311
§ 5. Возмещение вреда юридическим лицам	312

Раздел VI

ДОСУДЕБНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

Глава 12. Возбуждение уголовного дела

§ 1. Понятие и структура досудебного (предварительного) производства	314
§ 2. Понятие, модели и значение стадии возбуждения уголовного дела	315
§ 3. Поводы и основание для возбуждения уголовного дела	320
§ 4. Процессуальный порядок рассмотрения сообщений о преступлениях	328
§ 5. Процессуальный порядок возбуждения уголовного дела публичного и частно-публичного обвинения	335
§ 6. Основания и процессуальный порядок отказа в возбуждении уголовного дела	339

Глава 13. Предварительное расследование и его общие условия

§ 1. Понятие, система, этапы и формы предварительного расследования	345
§ 2. Понятие и виды общих условий предварительного расследования	355
§ 3. Общие условия предварительного расследования, связанные с выбором надлежащего субъекта расследования и его процессуальным положением	356
§ 4. Общие условия предварительного расследования, связанные с его всесторонностью, объективностью, полнотой и быстротой	364
§ 5. Общие условия предварительного расследования, связанные с обеспечением прав и законных интересов его участников	379

Глава 14. Следственные действия

§ 1. Понятие и виды следственных действий	387
§ 2. Осмотр, освидетельствование, следственный эксперимент	391
§ 3. Обыск. Выемка. Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления. Контроль и запись переговоров	400
§ 4. Допрос. Очная ставка. Опознание. Проверка показаний на месте	411
§ 5. Производство судебной экспертизы	421

Глава 15. Привлечение в качестве обвиняемого	
§ 1. Основания и порядок привлечения лица в качестве обвиняемого	431
§ 2. Предъявление обвинения и допрос обвиняемого	435
§ 3. Изменение и дополнение обвинения. Частичное прекращение уголовного преследования	439
Глава 16. Приостановление и возобновление предварительного расследования	
§ 1. Приостановление предварительного расследования	441
§ 2. Производство по приостановленному делу	446
§ 3. Возобновление приостановленного предварительного расследования	449
Глава 17. Окончание предварительного расследования	
§ 1. Понятие и формы окончания предварительного расследования	451
§ 2. Прекращение уголовного дела	451
§ 3. Направление уголовного дела с обвинительным заключением прокурору	458
§ 4. Деятельность прокурора по делу, поступившему с обвинительным заключением	466
Глава 18. Особенности производства дознания	
§ 1. Понятие дознания, его условия и субъекты производства	471
§ 2. Процедура проведения дознания	474
Раздел VII	
ПРОИЗВОДСТВО В СУДЕ ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ	
Глава 19. Стадия подготовки к судебному заседанию	
§ 1. Понятие подготовки к судебному заседанию: соотношение с понятием предания суду	482
§ 2. Формы подготовки к судебному заседанию	485
Глава 20. Понятие и типы судебного разбирательства	
§ 1. Понятие судебного разбирательства	495
§ 2. Основные мировые типы судебного разбирательства	496
Глава 21. Судебное разбирательство в российском уголовном судопроизводстве	
§ 1. Общие условия судебного разбирательства	499
§ 2. Подготовительная часть судебного заседания	517
§ 3. Судебное следствие	521
§ 4. Прения сторон и последнее слово подсудимого	530
Глава 22. Приговор	
§ 1. Понятие и значение приговора	533
§ 2. Виды приговоров	535
§ 3. Порядок постановления приговора	536
§ 4. Структура и содержание приговора	542
§ 5. Провозглашение приговора	546
Глава 23. Особые порядки судебного разбирательства	
§ 1. Понятие и задачи целерантного (упрощенного и ускоренного) судопроизводства	548
§ 2. Виды целерантного производства	549
§ 3. Особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением	553
Глава 24. Производство по уголовным делам, подсудным мировому судье	
§ 1. Понятие и краткая история мирового суда	557
§ 2. Производство в мировом суде	558

Глава 25. Производство по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей	
§ 1. Понятие и история суда с участием присяжных заседателей	563
§ 2. Право обвиняемого на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей	566
§ 3. Особенности проведения предварительного слушания и подготовительной части судебного заседания	566
§ 4. Формирование коллегии присяжных заседателей	567
§ 5. Права, обязанности и ответственность присяжных заседателей	573
§ 6. Особенности судебного следствия и прений сторон в суде с участием присяжных заседателей	575
§ 7. Соотношение полномочий судьи и присяжных заседателей. Содержание вопросов присяжным заседателям и порядок их постановки	577
§ 8. Напутственное слово председательствующего	582
§ 9. Порядок вынесения и провозглашения вердикта присяжных заседателей	584
§ 10. Процессуальные действия после вынесения вердикта	587

Раздел VIII

ПЕРЕСМОТР СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ И ИХ ИСПОЛНЕНИЕ

Глава 26. Понятие, задачи и виды пересмотра судебных решений	
§ 1. Понятие пересмотра судебных решений и его разновидности	592
§ 2. Пересмотр судебных решений и принцип «Non bis in idem»	594
Глава 27. Апелляционный порядок пересмотра судебных решений	
§ 1. Объект, предмет и субъекты рассмотрения уголовного дела в апелляционном порядке	597
§ 2. Процедура апелляционного пересмотра уголовного дела	600
Глава 28. Кассационный порядок пересмотра судебных решений	
§ 1. Объект, предмет и субъекты рассмотрения уголовного дела в кассационном порядке	605
§ 2. Процедура кассационного пересмотра уголовного дела	608
§ 3. Решения, принимаемые судом кассационной инстанции, и пределы его полномочий	611
§ 4. Основания для отмены или изменения судебного решения в кассационном порядке	614
Глава 29. Надзорный порядок пересмотра судебных решений	
§ 1. Понятие пересмотра судебных решений в порядке надзора	621
§ 2. Объект, предмет и субъекты производства по уголовному делу в порядке надзора	624
§ 3. Процедура рассмотрения уголовного дела в надзорном порядке	627
§ 4. Решения и пределы прав суда надзорной инстанции	630
Глава 30. Возобновление производства по делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств	
§ 1. Понятие возобновления производства по делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств	635
§ 2. Понятие вновь открывшихся и новых обстоятельств	635
§ 3. Объект, предмет и субъекты производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств	640
§ 4. Возбуждение производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств	642
§ 5. Порядок разрешения судом вопроса о возобновлении производства по уголовному делу и принимаемые им решения	643
Глава 31. Исполнение приговора	
§ 1. Понятие стадии исполнения приговора	645
§ 2. Обращение к исполнению приговоров, определений и постановлений	646

§ 3. Производство по рассмотрению и разрешению вопросов, связанных с исполнением наказания	648
--	-----

Раздел IX

ОСОБЫЕ ПОРЯДКИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Глава 32. Понятие дифференциации уголовно-процессуальной формы	654
---	------------

Глава 33. Производство по уголовным делам в отношении несовершеннолетних

§ 1. Понятие особого порядка производства по делам несовершеннолетних. Международные стандарты в этой области	656
§ 2. Особенности состава участников производства по делам несовершеннолетних	657
§ 3. Обстоятельства, подлежащие установлению по делам несовершеннолетних	658
§ 4. Особенности процедуры производства по делам несовершеннолетних	660
§ 5. Особенности решений, принимаемых по делам о преступлениях несовершеннолетних	663

Глава 34. Особый порядок судопроизводства о применении принудительных мер медицинского характера

§ 1. Понятие и основания производства о применении принудительных мер медицинского характера	665
§ 2. Особенности состава участников производства по делам о применении принудительных мер медицинского характера	666
§ 3. Обстоятельства, подлежащие доказыванию по делам о применении принудительных мер медицинского характера	667
§ 4. Особенности процедуры по делам о применении принудительных мер медицинского характера	668
§ 5. Судебные решения, принимаемые по результатам рассмотрения дел о применении принудительных мер медицинского характера	675
§ 6. Прекращение, изменение и продление применения принудительной меры медицинского характера	676

Глава 35. Особенности производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц

§ 1. Понятие производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц	678
§ 2. Особенности процедуры в отношении отдельных категорий лиц	679

Раздел X

МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Глава 36. Понятие и виды международного сотрудничества в уголовном судопроизводстве

§ 1. Понятие и формы международного сотрудничества при производстве по уголовным делам	686
§ 2. Международно-правовая помощь по уголовным делам	688
§ 3. Передача производства по уголовным делам (направление материалов уголовного дела для осуществления уголовного преследования)	694
§ 4. Уголовное преследование по просьбе иностранного государства	695
§ 5. Выдача (экстрадиция) лица для уголовного преследования или исполнения приговора	696
§ 6. Передача лица, осужденного к лишению свободы, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого оно является	701

- А. В. Смирнов** заместитель директора по научной работе Северо-Западного филиала Российской Академии правосудия, д-р юрид. наук, проф.;
- К. Б. Калиновский** заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Северо-Западного филиала Российской Академии правосудия, канд. юрид. наук, доц.

АВТОРСТВО

- А. В. Смирнов общая редакция, введение, гл. 1—7, 9, 11, 19—36;
- К. Б. Калиновский гл. 8, 10, 12, 13, 15—18;
- А.А. Смирнов и К.Б. Калиновский в соавторстве — § 1 гл. 10, § 2 гл. 12, гл. 14, § 1 гл. 15, § 2 гл. 17

СПИСОК ПРИНЯТЫХ СОКРАЩЕНИЙ

- ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации;
- ГПК РФ — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации;
- КоАП РФ — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях;
- комм. — комментарий;
- КС РФ — Конституционный Суд Российской Федерации
- ОВД — органы внутренних дел;
- ОРД — оперативно-розыскная деятельность;
- РФ — Российская Федерация;
- СК РФ — Семейный кодекс Российской Федерации;
- СК по УД — Судебная коллегия по уголовным делам
- СО — следственный орган
- ТК РФ — Трудовой кодекс Российской Федерации;
- УИК РФ — Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации
- УК РФ — Уголовный кодекс Российской Федерации;
- УПК — Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (если не указано иное);
- ФЗ — федеральный закон;
- ФКЗ — федеральный конституционный закон.

История свободы — это история процессуальных гарантий. Строй уголовного процесса всегда являлся индикатором, безошибочно определяющим, что перед нами — истинная демократия или тирания, обрядившаяся в демократические одежды. Тем, каков в государстве уголовный суд, во многом определяется благополучие и спокойствие граждан. «В области уголовного права и процесса лежат границы для вторжения государства в область личной свободы граждан, и потому научная разработка этих дисциплин может более всего обеспечить господство права», — писал выдающийся российский правовед И.Я. Фойницкий¹.

Современное цивилизованное уголовное судопроизводство — это не только и не столько репрессия, но также справедливость и милосердие. Истина, справедливость, милость — вот те гносеологические, ценностные и нравственные основания, которыми определяется социально-юридическое значение правосудия и уголовного процесса XXI в. Признание и поддержка мировым сообществом этих благородных идей породили лавину судебных реформ в большинстве европейских государств. В Великобритании, Германии, Испании, Италии, Финляндии, Франции и многих других странах как на теоретическом, так и на законодательном уровне идут интенсивные поиски моделей уголовного процесса, отвечающих реалиям стремительно меняющегося мира. Не является исключением и судебно-правовая реформа в России. Она «нацелена на пробуждение общественной совести во имя достижения правды в экстремальных условиях борьбы человека за свою жизнь, свободу и доброе имя»².

Важнейшим шагом судебно-правовой реформы в России стало принятие и утверждение 18.12.2001 г. Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Основные цели Кодекса — гарантирование прав личности в уголовном процессе и обеспечение реальной состязательности сторон. В таких условиях преподавание и изучение курса уголовного процесса есть непростое и ответственное дело. Задача состоит не только в том, чтобы раскрыть содержание конкретных правовых норм, но также и в том, чтобы показать их действительное отношение к состязательному порядку судопроизводства, оценить соответствие российского законодательства принципам этой справедливой судебной процедуры, а главное — воспитать верность будущих правоведов величественным и гуманным идеалам подлинного Правосудия. Познание судопроизводства не должно сводиться к изучению лишь Уголовно-процессуального кодекса, замыкаясь в «узкой скорлупе национального законодательства», — оно призвано дать понимание того, как следует правильно строить правосудие и как толковать его нормы в истинном духе судебных реформ. Впервые в учебной юридической литературе в учебнике приводится развернутая классификация всех известных типов и видов уголовного судопроизводства, взятых в их историческом развитии. Вместе с тем авторы стремились уйти от описательной подачи материала. Лейтмотивом всей книги является идея состязательности процесса, которая служит не только юридическим, но и нравственным критерием оценки всех процессуальных институтов, равно как и практики их применения.

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. СПб., 1996. Т. II. С. 586—587.

² Концепция судебной реформы в Российской Федерации. М., 1992. С. 79.

Особенностью настоящего учебника является и то, что он не ограничивается изложением лишь позитивного содержания уголовно-процессуальных норм, а в необходимых для изучения предмета пределах уделяет внимание имеющимся в них пробелам, коллизиям, неясным положениям, требующим юридического толкования и представляющим особую трудность при изучении и практическом применении нового российского Уголовно-процессуального кодекса.

За период, прошедший со времени первого выхода учебника в свет, российское уголовно-процессуальное право, равно как и практика его применения, претерпело ряд существенных изменений — все они были учтены при подготовке настоящего издания. Эти изменения связаны как с законодательными новеллами, так и с решениями Конституционного Суда Российской Федерации, разъяснениями Верховного Суда Российской Федерации по целому кругу вопросов, возникших в процессе реализации норм нового российского Уголовно-процессуального кодекса. За истекшее время появились также многочисленные научные и учебно-методические работы по данному предмету, в которых представлены различные теоретические взгляды и подходы¹. Авторы с удовлетворением отмечают, что многие положения, находящиеся в русле состязательной парадигмы построения судопроизводства и сформулированные ими в учебнике, встречают понимание и поддержку в юридической литературе².

Однако следует сказать и о другой, противоположной тенденции. Практическая реализация состязательных и других либеральных начал в пореформенном уголовном процессе проходит трудно и противоречиво. Не все российские судьи, прокуроры и следователи оказались готовы принять обновленный уголовный процесс как спор равных сторон перед лицом беспристрастного и независимого суда. Часть следователей и прокуроров поняли состязательность лишь как свое право добиваться осуждения обвиняемых во что бы то ни стало, не слишком заботясь при этом об интересах достижения истины. Многие судьи по-прежнему склонны отождествлять свои задачи с задачами прокуратуры и предварительного расследования; роль правосудия они видят не в беспристрастном и объективном разрешении спора обвинения и защиты, где реабилитация невиновного — такая же желанная цель, как и осуждение виновного, а в пресловутой «борьбе с преступностью». На деле такой односторонний подход ведет к снижению стандартов доказанности виновности, недостаточной обоснованно-

¹ См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / отв. ред. проф. И.Л. Петрухин. М. : Проспект, 2004; *Рыжаков А.П.* Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. М. : Норма, 2004; *Смирнов А.В., Калиновский К.Б.* Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. СПб.: Питер, 2003, 2004 (2-е изд.); Уголовный процесс : учебник. Общая часть / под ред. проф. В.З. Лукашевича. СПб. : Изд-во юрид. фак-та СПбГУ, 2004; Уголовный процесс : учебник. Особенная часть / под ред. проф. В.З. Лукашевича. СПб. : Изд-во юрид. фак-та СПбГУ, 2005; Уголовный процесс : учебник / под ред. проф. К.Ф. Гуценко. М. : Зерцало, 2005 и др.

² См.: *Вандышев В.В.* Уголовный процесс в современных условиях : курс лекций. СПб. : Питер, 2002; *Еникеев З.Д., Васильева Е.Г.* Нужны такие книги (рец. на учебник: *Смирнов А.В., Калиновский К.Б.* Уголовный процесс : учебник для вузов. СПб : Питер, 2003) // Проблемы противодействия преступности в современных условиях: Материалы Международной научно-практической конференции 16—17 октября 2003 г. Ч. III. Уфа : РИО БашГУ, 2004. С.10—13; *Макаркин А.И.* Состязательность на предварительном следствии. СПб. : Юридический центр Пресс, 2004; *Шестакова С.Д.* Метод российского уголовно-процессуального права: от инквизиционности к состязательности. СПб. : СПб ун-т МВД РФ и др.

сти и мотивированности решений, снисходительности к процессуальным нарушениям и пренебрежительному отношению к законным интересам участников процесса. Раздаются голоса о необходимости законодательного ужесточения уголовного процесса, усиления в нем мер принуждения, сокращения сферы применения некоторых важнейших гарантий правосудия, таких, например, как суд с участием присяжных заседателей и т.д. Ревизия демократических завоеваний судебной реформы сегодня представляет реальную опасность. Поэтому далеко не каждая из законодательных новаций или разъяснение Верховного Суда Российской Федерации безоговорочно приветствуются авторами — некоторые, по их мнению, уклоняются от первоначальной состязательной идеи, заложенной в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. Поводом для подобных новаций обычно служат ссылки на необходимость усиления защиты от преступлений интересов общества и государства, которые якобы были принесены в УПК РФ в жертву гарантиям интересов личности, и в первую очередь — обвиняемого¹. Спорные нововведения получили в учебнике принципиальную оценку, исходящую из того многократно подтвержденного историей факта, что лишь строгое следование стандартам состязательности обеспечивает подлинно справедливое судопроизводство. В этой связи авторы считают нелишним напомнить слова Фрэнсиса Бекона о том, что «один несправедливый приговор влечет большие бедствия, чем многие преступления, совершенные частными людьми; последние портят только ручки, тогда как несправедный судья губит самый источник».

Многие идеи, высказанные в учебнике, являются новыми, однако все они, имея своим предметом современные проблемы и потребности судопроизводства, находятся в русле традиций отечественной, прежде всего петербургской, школы теории уголовного процесса, начало которой было положено знаменитым Курсом уголовного судопроизводства профессора Императорского Санкт-Петербургского университета И.Я. Фойницкого, последователями которого считают себя и авторы настоящей работы.

¹ Критику таких взглядов см.: *Радутная Н.В.* Современное уголовное судопроизводство и его влияние на правовые воззрения юристов // Российское правосудие. 2006. № 4. С. 53—57.

Раздел I

ПОНЯТИЕ И ПРИНЦИПЫ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

§ 1. ПОНЯТИЕ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА И УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Уголовно-процессуальный закон отождествляет понятия уголовного судопроизводства и уголовного процесса. Согласно п. 56 ст. 5 УПК РФ¹ уголовное судопроизводство — это не только судебное, но и досудебное производство по уголовному делу. Таким образом, не только собственно судебные стадии процесса, но и стадии возбуждения уголовного дела и предварительного расследования также считаются частью судопроизводства. Этим подчеркивается, что деятельность органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры, других участников процесса на так называемых досудебных стадиях осуществляется не сама по себе, но тесно связана с деятельностью суда и создает необходимые предпосылки для осуществления правосудия по уголовным делам. Кроме того, законом предусмотрено постоянное участие в этих стадиях суда, который в виде судебного контроля за деятельностью органов предварительного расследования и прокурора осуществляет правосудие.

В самом общем виде уголовное судопроизводство (процесс) можно охарактеризовать как *юридическую форму* для решения вопроса об уголовной ответственности за совершение преступлений. Иногда его определяют как урегулированную нормами права *деятельность* органов предварительного расследования, прокурора по расследованию, а также деятельность суда по разрешению уголовных дел. Это определение обычно дополняют указанием на систему правоотношений всех участников уголовного процесса для того, чтобы подчеркнуть, что уголовное судопроизводство — это деятельность не только государственных органов, но и прочих лиц — граждан, участвующих в процессе: потерпевших, обвиняемых, защитников, гражданских истцов и гражданских ответчиков и др.² Следует, однако, иметь в виду, что уголовно-процессуальная деятельность имеет различные формы, не все из которых предполагают участие органов предварительного расследования или прокурора (например, производство по делам частного обвинения); не каждое уголовное дело передается и в суд (отказ в возбуждении уголовного дела, прекращение его на досудебных стадиях процесса). Кроме того, понятие уголовного процесса традиционно используется для описания не только деятельности, но и отрасли уголовно-процессуального права, устанавливающего формы этой деятельности. Поэтому общее определение уголовного процесса должно начинаться с понятия юридической формы, которое охватывает и названную деятельность, с точки зрения ее соответствия нормам уголовно-процессуального права, и отрасль процессуального права. Именно юридическая процессуальная форма является *предметом* процессуально-правового регулирования, в то время как деятельность органов предварительного расследования, прокуроров, судей и других участников судопроизводства есть его *объект*. Когда мы говорим об уголовном процессе, деятель-

¹ В дальнейшем — УПК. При упоминании лишь номеров статей нами будет иметься в виду УПК РФ, если не оговорено иное.

² См.: *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. В 2 т. М., 1968. Т. I. С. 34—36; Уголовный процесс : учебник / под ред. И.Л. Петрухина. М., 2001. С. 6 и др.

ность следователей, органов дознания, прокуроров и судей интересует нас постольку, поскольку имеет специфическую процессуальную форму, и рассматривается именно с этой стороны. В то же время их деятельность по расследованию и разрешению дел может быть предметом регулирования и других отраслей, посвященных оперативно-розыскной деятельности, судоустройству, прокурорскому надзору, а также предметом применения криминалистических рекомендаций. Эта сторона указанной деятельности выходит за рамки понятия уголовного процесса. Поэтому, признавая, что уголовный процесс — это и деятельность, следует иметь в виду, что он — только часть всей деятельности суда, прокурора, следователя, дознавателя, органов дознания по подготовке и разрешению уголовных дел, а именно ее внешняя юридическая форма.

§ 2. УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ ФОРМА

Сказанное выше не означает, что уголовное судопроизводство, понимаемое как форма, лишено собственного содержания, которое состоит из трех элементов: юридических *процедур, условий и гарантий*, предусмотренных нормами уголовно-процессуального права, которые и составляют содержание понятия *процессуальной формы*.

Процедуры — это последовательность, очередность совершения тех или иных процессуальных действий. Например, предъявление обвинения предполагает определенную очередность совершаемых следователем действий: вынесение мотивированного постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, вызов или привод обвиняемого, предъявление ему постановления, разъяснение прав на предварительном следствии, допрос обвиняемого и т.д. Если взглянуть на уголовный процесс в целом, то можно увидеть, что он складывается из *стадий* — следующих друг за другом отрезков процессуальной деятельности, отличающихся *особыми целями и задачами, процессуальной формой, кругом участников* и принимаемыми в итоге *решениями*.

В российском уголовном процессе в настоящее время имеется девять стадий. Досудебное производство составляют: 1) возбуждение уголовного дела и 2) предварительное расследование. Судебное производство включает в себя: 3) подготовку к судебному заседанию; 4) судебное разбирательство; 5) апелляционное производство; 6) кассационное производство; 7) исполнение приговора; 8) надзорное производство; 9) возобновление производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств. Первые семь стадий принято считать обычными (ординарными), а две последних — исключительными (экстраординарными), так как в них происходит пересмотр уже вступившего в силу приговора.

Стадии, в свою очередь, обычно разделяются на *этапы*, или *части*. Например, стадия судебного разбирательства состоит из следующих этапов: подготовительная часть судебного заседания, судебное следствие, судебные прения и последнее слово подсудимого, вынесение и провозглашение приговора.

Процессуальные *условия* — это нормативные предписания: а) устанавливающие основания производства процессуальных действий; б) обязывающие лиц, ведущих процесс, в установленных законом случаях получать предварительное разрешение (решение суда, санкцию прокурора и др.) на осуществление определенных процессуальных действий (например, заключение под стражу, производство обыска или выемки в жилище, выемки предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну, и т.п.); в) вводящие различные запре-

ты и ограничения на совершение ряда действий (например, запрет домогаться показаний обвиняемых, подозреваемых, свидетелей и других участников процесса путем насилия, угроз и иных незаконных мер; воспроизводить аудио- или видеозапись допросов без предварительного оглашения соответствующего протокола и др.); г) определяющие круг участников процессуальных действий и их правовой статус; д) устанавливающие в определенных законом случаях место или время, или сроки проведения процессуальных действий (например, осмотра *места* происшествия, сроки содержания под стражей и предварительного расследования; срок для обжалования приговора и т.д.). Процессуальные условия проведения следственных действий могут быть *общими* (например, общие правила производства процессуальных действий — ст. 164 УПК) и *специальными*, предусмотренными законом для совершения каждого вида процессуальных действий.

Уголовно-процессуальные гарантии — это специальные правовые средства, обеспечивающие реализацию прав и законных интересов участников процесса, а равно выполнение ими своих обязанностей. Специальный характер этих средств заключается в том, что они позволяют управомоченному лицу *принудительно* защитить свое право или добиться выполнения кем-либо его обязанности, независимо от воли противостоящих ему субъектов. Этим гарантии отличаются от процедур и процессуальных условий, ибо соблюдение процедур и условий само нуждается в гарантиях. Например, такое *процессуальное условие*, как участие защитника при проведении следственных действий в отношении своего подзащитного (п. 5 ч. 1 ст. 53), вряд ли могло бы предотвратить нарушения прав обвиняемого (подозреваемого), если бы не было гарантировано, в частности, правилом о недопустимости доказательств, полученных с нарушением закона (ст. 75). Другой пример. Презумпция невиновности, т.е. принцип, в силу которого обвиняемый считается невиновным, пока его виновность не доказана и не установлена вступившим в законную силу приговором суда, оставалась бы простой декларацией, если бы на ее страже не стояло правило о толковании всех неустранимых сомнений в пользу обвиняемого. Правило о толковании сомнений выступает в данном случае как главная гарантия презумпции невиновности, которая, в свою очередь, есть важное *условие* процессуальной деятельности.

Смешение процессуальных гарантий с условиями и процедурами опасно, так как чревато оставлением последних без реальной защиты под тем предлогом, что они сами уже являются гарантиями. Конечно, любые правовые предписания, запреты или дозволения имеют целью обеспечить некий интерес, однако делают они это по-разному: одни создают необходимые предпосылки для правильной реализации интереса (процессуальные условия), другие описывают конкретные шаги по его реализации (процедуры), а третьи предусматривают санкции за их неисполнение. Последние и есть юридические гарантии. Нетрудно заметить, что членение законодательного материала на условия, процедуры и гарантии воспроизводит внутреннюю логическую структуру правовых норм, состоящих из гипотез, диспозиций и санкций. Однако следует иметь в виду, что в реальных нормативных правовых актах в силу особенностей законодательной техники гипотезы, диспозиции и санкции логических норм, как правило, рассредоточены, т.е. могут быть выражены фрагментарно, в виде отдельных правоположений. В частности, санкции логических норм часто образуют так называемые охранительные нормы-предписания либо нормы-запреты, которые и служат конкретными гарантиями. Последние можно считать технико-юридической формой выражения нормативных санкций.

В качестве примеров важнейших процессуальных гарантий следует назвать прежде всего следующие нормы и институты, которые будут более подробно рассмотрены нами в последующих разделах учебника: исключение доказательств, полученных с нарушением закона; толкование сомнений в пользу обвиняемого; свобода от самообвинения; правило о недопустимости поворота обвинения к худшему; право на отвод; меры пресечения и иные меры процессуального принуждения и др. Иногда процессуальные гарантии подразделяют на гарантии правосудия и гарантии личности¹. Однако грань между ними весьма условна, ибо то, что гарантирует законные интересы личности в судопроизводстве, тем самым гарантирует правосудие, и наоборот. Так, применение к обвиняемому меры пресечения (например, заключения под стражу и т.д.), с одной стороны, гарантирует, что он не сможет скрыться от правосудия, а с другой — что потерпевший и гражданский истец смогут реально рассчитывать на удовлетворение своих требований к конкретному лицу.

Значение процессуальной формы состоит в том, что она позволяет, во-первых, придать единообразие судебной и следственной деятельности на всей территории государства, без чего немислим ни его суверенитет, ни равенство граждан перед законом и судом. Во-вторых, процессуальная форма призвана обеспечить наиболее целесообразные условия и порядок ведения дел, гарантии установления истины, так как аккумулирует в себе многовековой опыт расследования преступлений и судебного разбирательства. В-третьих, процессуальная форма создает условия и гарантии, обеспечивающие личности, участвующей в уголовном судопроизводстве, защиту ее законных прав и интересов.

До сих пор мы говорили о процессуальной форме в самом общем, абстрактном виде, поскольку условия, процедуры и гарантии являются элементами любого уголовного процесса. Вместе с тем конкретное содержание и соотношение этих элементов может существенно различаться в процессуальных системах, принадлежащих к разным исторически сложившимся типам.

§ 3. ЦЕЛИ И ЗАДАЧИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Понятие уголовного судопроизводства было бы неполным, если бы оно не раскрывало содержания целей и задач, решение которых происходит в процессуальной форме. Уголовно-процессуальный закон использует понятие «назначение уголовного судопроизводства» (ст. 6 УПК). Синонимом слова «назначение» является понятие «цель»². Следовательно, в ст. 6 Кодекса речь идет о целях судопроизводства. Как вытекает из содержания п. 1, 2 ч. 1 названной статьи, цель судопроизводства состоит в *защите* прав и законных интересов как лиц и организаций, потерпевших от преступлений, так и лиц, незаконно и необоснованно обвиненных или осужденных за совершение преступления либо незаконно ограниченных в их правах и свободах³.

¹ См.: Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980. С. 57.

² См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1994. С. 373.

³ Обзор высказанных в литературе позиций по данному вопросу см.: Александров А.С., Александрова И.А., Круглов В.И. Назначение уголовного судопроизводства и наказания. Н. Новгород: Нижегородская академия МВД РФ, 2005.

В статье 6 говорится о защите прав и интересов лишь физических и юридических лиц (организаций), однако уголовное судопроизводство — отрасль публичного права, и большинство уголовных дел являются делами не частного, а публичного обвинения (ч. 5 ст. 20). В ходе уголовно-процессуальной деятельности могут серьезно ограничиваться некоторые права и свободы граждан, а также права юридических лиц. На цели подобной деятельности прямо указывает ч. 3 ст. 55 Конституции РФ: «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства». Поэтому содержание ч. 1 ст. 6 следует толковать расширительно, а в уголовном процессе должна осуществляться защита не только частных интересов отдельных физических и юридических лиц, но и публичных интересов, а именно: *основ конституционного строя, нравственности, обороны страны и безопасности государства*.

По буквальному смыслу ч. 2 ст. 6 уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания, а также отказ от уголовного преследования невиновных, освобождение от ответственности и реабилитация не являются целями уголовного судопроизводства как такового. Они лишь *отвечают общей правозащитной цели* судопроизводства, т.е. соответствуют ей, работают на нее, являясь особенными целями стороны обвинения, стороны защиты либо суда. Так, целью стороны обвинения (уголовного преследования) является установление события преступления, изобличение лица или лиц, виновных в совершении преступления (ч. 2 ст. 21). Цель стороны защиты состоит в доказывании невиновности подозреваемого или обвиняемого и необходимости его реабилитации либо освобождения от уголовной ответственности и наказания, либо применения к подзащитному минимальной меры наказания. Цель суда — назначение виновным справедливого наказания либо реабилитация невиновных; в случаях, предусмотренных законом, — освобождение обвиняемых от ответственности и наказания, а также защита конституционных прав и свобод участников уголовного судопроизводства. Соединенные воедино в рамках процесса эти цели обеспечивают достижение названных выше общих правозащитных целей уголовного судопроизводства.

Кроме правозащитной цели уголовного судопроизводства можно, на наш взгляд, говорить также и о такой его цели, как *восстановление общественного мира*. Она находит отражение в примирительной деятельности мирового судьи, суда, прокурора, следователя, дознавателя. Примирение сторон влечет за собой прекращение уголовного дела или уголовного преследования (ч. 2 ст. 20, ст. 25, ч. 4—6 ст. 319)¹.

Цели в уголовном судопроизводстве следует отличать от выполняемых здесь задач. Если цель — это предмет стремления, то, что надо желательно осуществить, то задача — это то, что требует безусловного исполнения, разрешения². Если цель уголовного судопроизводства, как уже говорилось, состоит в защите прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений, а равно лиц, незаконно и необоснованно обвиненных или осужденных за совершение преступления либо

¹ В немецкой процессуальной доктрине господствующей является точка зрения о том, что «цель уголовного процесса — восстановление правового мира на пути добросовестного стремления к справедливости (см.: *Жалинский А., Рёрихт*. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 710).

² См.: *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Указ. соч. С. 198, 861.

незаконно ограниченных в их правах и свободах, то задача уголовного судопроизводства — это разрешение конкретных уголовных дел. В свою очередь, уголовное дело в широком смысле — это жизненный случай, требующий разрешения вопроса о необходимости применения к нему в процессуальных формах норм материального уголовного права. Таким образом, *задачу уголовного судопроизводства* следует понимать как выяснение и разрешение в процессуальных формах вопроса о необходимости и возможности применения норм уголовного права к конкретному жизненному случаю.

Цель уголовного судопроизводства в силу ряда объективных или субъективных причин может оказаться недостигнутой, например, когда преступление остается нераскрытым. В то же время задача процесса должна быть безусловно выполнена в любом случае, т.е. должны быть произведены все необходимые процессуальные действия в отношении конкретного жизненного случая, требующего разрешения вопроса о применении норм уголовного права.

Подобным же образом следует разграничивать цели и задачи сторон в уголовном деле, а также суда. Так, задача стороны уголовного преследования состоит в следующем: в каждом случае обнаружения признаков преступления прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают предусмотренные уголовно-процессуальным законом меры, направленные на достижение стоящей перед ними цели (установление события преступления, изобличение лица или лиц, виновных в совершении преступления). Эти меры заключаются в разрешении вопроса о возбуждении уголовного дела, в производстве предварительного расследования, направлении уголовного дела в суд или его прекращении в установленных законом случаях. Задачей стороны защиты является оказание подозреваемому или обвиняемому юридической помощи при производстве по уголовному делу (ч. 1 ст. 49). Задача суда состоит в создании необходимых условий для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав (ч. 3 ст. 15), а также в разрешении уголовных дел и процессуальных вопросов, отнесенных к его компетенции (ст. 29).

§ 4. УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНАЯ НАУКА

Уголовное судопроизводство изучается наукой, или теорией, уголовного процесса. То, что изучает наука, называют ее *объектом*. Теория уголовного процесса имеет дело с уголовно-процессуальными нормами и практикой их применения, т.е. уголовно-процессуальной деятельностью. Именно они и составляют объект ее изучения. Однако объект интересует любую науку, в том числе и теорию уголовного процесса, не ради простого описания, а, главным образом, для объяснения явлений реальности и прогнозирования направлений их развития. Поэтому теория в конечном счете стремится вычленив в изучаемых объектах интересующие ее особые свойства, связи и закономерности. Эти свойства, связи и закономерности объекта образуют *предмет* соответствующей науки.

Обобщенно предмет теории уголовного процесса можно определить так: это свойства уголовного судопроизводства, его связи, закономерности возникновения, функционирования и развития как социально-правового явления.

Ввиду того что уголовный процесс интересует науку не просто как сумма норм, а как социально-правовое явление, эти нормы исследуются не только с точки зрения

формально-юридического содержания, но и исходя из их социального смысла и назначения. При этом теория выявляет социальные интересы и потребности, питающие те или иные нормы и институты, а также результаты их практической реализации. Словом, наука уголовного процесса изучает как правовые нормы, так и общественные отношения, которые порождают эти нормы либо складываются на их основании. В последнем случае принято говорить о правоотношениях, т.е. общественных отношениях, переводящих нормативные предписания в плоскость практической деятельности. Поэтому деятельность участников уголовного процесса также исследуется его теорией. Однако деятельность, связанная с производством по уголовным делам, освещается многими научными дисциплинами: криминалистикой, теорией оперативно-розыскной деятельности, профессиональной этикой юриста, теорией научной организации труда и др. В отличие от них наука уголовного процесса изучает деятельность лишь с точки зрения ее отношения к нормам права. Это позволяет проверить эффективность и целесообразность тех или иных процессуальных норм.

При практическом применении уголовно-процессуальных норм иногда возникают не только правоотношения, но и иные отношения, направленные *против* правовых предписаний (правонарушения). Теория исследует эти правонарушения, приводящие к ним причины и вырабатывает рекомендации по их устранению и предотвращению.

Наука уголовного процесса интернациональна. И хотя она развивается в различных странах, где действуют разные порядки уголовного процесса, его основные правовые институты часто имеют общее происхождение и сходное содержание. Поэтому достижения юридической мысли и законодательства в других государствах, отдельные зарубежные процессуальные формы и институты могут успешно восприниматься на отечественной почве и нуждаются в изучении, впрочем, так же, как и допущенные там просчеты и имеющиеся недостатки. Это порождает потребность в исследовании типов и форм уголовного процесса, которая возрастает по мере развития в мире интеграционных процессов.

Подход к уголовному судопроизводству как к социальному феномену заставляет обращаться к его истории, ибо объяснить любое социальное явление, выявить закономерности его функционирования можно, лишь зная, почему оно возникло и как развивалось.

Наконец, уголовно-процессуальная теория, как всякая настоящая наука, имеет свою память — она анализирует пройденный ею путь, делает выводы из побед и поражений, т.е. изучает самое себя, или, иначе говоря, имеет свою *историографию*.

Итак, предметом теории уголовного процесса являются:

- 1) внутреннее логическое содержание, структура и система норм уголовно-процессуального права;
- 2) социальные интересы и потребности, лежащие в основании уголовно-процессуальных норм и институтов;
- 3) правоотношения, возникающие при производстве по уголовным делам как форма практической реализации правовых предписаний;
- 4) нарушения уголовно-процессуальных норм, возникающие в ходе уголовно-процессуальной деятельности, их причины и способы устранения;
- 5) типы, формы, тенденции развития зарубежного уголовного процесса, их достоинства, недостатки и влияние на отечественное процессуальное законодательство;
- 6) история и направления развития уголовного судопроизводства;

7) история изучения уголовного судопроизводства (историография науки уголовного процесса).

Помимо предмета уголовно-процессуальная теория, как и любая другая наука, характеризуется своей *методологией*, т.е. системой приемов и способов исследования предмета. Различают формально-юридический, сравнительно-правовой, социологический и исторический методы исследования. Рассмотрение норм права исходя лишь из их наличного содержания порождает *формально-юридический* метод исследования. Он выражается в грамматическом, логическом и систематическом толковании наукой уголовного процесса норм права. Метод *сравнительного правоведения* заключается в сопоставлении и оценке правовых институтов и норм, существующих в различных государствах. Благодаря этому методу учитываются недостатки и заимствуются достижения правового регулирования в области уголовного судопроизводства за рубежом. Изучение общественных отношений, социальных интересов и потребностей, вызывающих к жизни те или иные правовые нормы, требует использования *социологических методов* как теоретической, так и прикладной социологии. Теоретико-социологический подход позволяет рассматривать уголовный процесс как социальный институт в его органической связи с общественным целым, учитывать влияние цивилизационных, экономических, политических, культурных и других социальных факторов. Конкретно-социологические методы — опросы, анкетирования, статистические исследования и др. — дают возможность улавливать конкретные социальные потребности и интересы, делать выводы о степени эффективности тех или иных правовых норм. *Исторический метод исследования* исходит из представления о том, что развитие уголовного процесса происходит в соответствии с объективной логикой развития общества и государства. Это роднит его с методами теоретической социологии. Вместе с тем исторический метод используется и в форме исторического толкования уголовно-процессуальных норм, когда их истинное содержание выясняется путем сравнения с предшествующим законодательным материалом с целью выявления их направлений развития.

Основы многих современных представлений о судостроительстве были заложены уже в глубокой древности. Суд присяжных создан афинскими законодателями — Клизфеном, Эфиалтом, Периклом (VI—V вв. до н.э.). Классических форм достиг в республиканском Риме состязательный процесс, однако, по-видимому, началом юридической науки вообще и теоретических представлений об уголовном процессе в частности следует считать II—III вв. н. э., этот «золотой век» римской юриспруденции, когда творили такие выдающиеся юрисконсульты, как Папиниан, Павел, Ульпиан и др. Будучи в основном разработчиками частного гражданского права, они впервые создали теоретические представления о правосудии, доказательствах, презумпциях и т.д. Так, Ульпиан (170—228) — префект претория при императоре Александре Севере — первым сформулировал положение, близкое по смыслу к презумпции невиновности, заявив, что лучше освободить десять виновных, чем осудить одного невиновного.

Дальнейшие шаги по теоретическому осмыслению проблем уголовного судопроизводства связаны с рецепцией римского права в средневековой Европе учеными-юристами — глоссаторами и легистами. Наиболее яркий след в истории судопроизводства оставили: один из первых французских теоретиков права Филипп де Реми Бомануар (1250—1296) — автор известнейшего сборника обычаев средневековой

Франции (кутюмы Бовуази), английский правовед Генри Бракстон (1200—1268), первый систематизировавший английское общее право, знаменитый немецкий юрист и реформатор законодательства барон Иоганн Шварценберг (1463—1528), итальянские легисты XVI—XVII вв. Кларус и Фаринаций, разработавшие обширное учение о формальных доказательствах, и др.

На Новое время, особенно XVIII—XIX вв., приходится наиболее быстрое развитие теории уголовного судопроизводства. Подлинный переворот в представлениях об уголовном правосудии связан со знаменитым сочинением итальянского юриста Чезаре Беккариа «О преступлениях и наказаниях» (1764), в котором были сформулированы и получили большой общественный резонанс гуманистические принципы права обвиняемого на защиту, презумпции невиновности, гласности судебного разбирательства. На современников этот труд произвел настолько глубокое впечатление, что они называли его «откровением свыше и пророчеством будущего». Дидро, Вольтер, Гельвеций, русская императрица Екатерина II сочли необходимым написать к нему свои комментарии. Значительный вклад в становление уголовного судопроизводства состязательного типа внесли: англичане Уильям Блэкстон (1723—1780), Иеремия Бентам (1748—1832), Джеймс Ф. Стифен (1829—1894), немцы Карл Миттермайер (1787—1867), Франц Гольцендорф (1829—1889), Рудольф Гейнце (род. 1825 г.), австриец Юлий Глазер (1831—1885), французы Фостэн Эли (1799—1884) — автор девятитомного курса уголовного процесса, являющегося классикой французской теории судопроизводства, Р. Гарро, американец Френсис Уортон (1820—1889) и др.

В настоящее время видными представителями уголовно-процессуальной теории на Западе признаются такие ученые, как проф. В. Бойльке, К. Роксин, Ф.-К. Шрёдер, Х.-Ю. Кернер, Б. Крамер, Э. Шлюхтер, К. Фольк, У. Айзенберг (Германия); Б. Булок, М. Дельмас-Марти, Ж. Ларгье, Л. Ламбер, Ж. Левассер, Ж. Прадель, Ж. Стефани, М.-С. Расса (Франция); Т. Делла-Марра (Италия), Д. Х. Вигмор, Л. Уайнреб (США); К. Кенни, Р. Уолкер, А. Эшворт (Англия) и др.

Российская процессуальная наука берет свое начало с первого систематизированного курса уголовного процесса в России — работы профессора Санкт-Петербургского университета С. И. Баршева «Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству» (СПб., 1841). Признанными корифеями российской процессуальной науки в дореволюционный период были И.Я. Фойницкий (1847—1913) — автор классического Курса уголовного судопроизводства, В.К. Случевский (1844 — 1926), Д.Г. Тальберг (1853—1891), А.П. Чебышев-Дмитриев (1834—1877), Н.Н. Розин и др. Важнейшей ступенью развития отечественной процессуальной науки стала судебная реформа 1864 г., в ходе которой был разработан и принят выдающийся законодательный акт в истории российского права — Устав уголовного судопроизводства. В разработке Основных положений (1862) и проекта Устава в составе особой судебной комиссии при Государственной канцелярии приняли участие талантливые юристы: Бревер, Есипович, Зарудный, Зубов, Ковалевский, Любимов, Перетц, Попов, Принтц, Розов, Утин.

В советский период уголовно-процессуальная теория долгое время была поставлена на службу бюрократическому государственному аппарату, связана путами коммунистической идеологии. В эпоху сталинизма она нередко пыталась оправдывать судебные репрессии. Печальным примером этого явились сочинения академика А.Я. Вышинского (Теория доказательств, 1941, и др.), в которых многие важные прин-

ципы и гарантии состязательного процесса объявлялись вредными «буржуазными» пережитками. Тем не менее, к чести отечественной процессуальной теории, следует сказать, что, несмотря на идеологические шоры и запреты, в советское время создавались и фундаментальные научные труды таких ученых, как М.А. Чельцов-Бебутов (Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах, 1957), М.С. Строгович (Курс советского уголовного процесса, 1958, 1968—1970). Сорокалетний путь советской теории уголовного процесса нашел отражение в работе Н.Н. Полянского «Очерк развития советской науки уголовного процесса» (М., 1960).

На 60—70-е годы XX в. — время относительной стабилизации социализма — приходится расцвет советской науки уголовного процесса. Целый ряд интересных и полезных работ этого периода принадлежит перу таких известных российских ученых, как Н.С. Алексеев, В.Д. Арсеньев, В.П. Божьев, В.Д. Бойков, К.Ф. Гуценко, В.Г. Даев, В.Я. Дорохов, Л.М. Карнеева, И.И. Карпец, Э.Ф. Куцева, А.М. Ларин, В.З. Лукашевич, П.А. Лупинская, Г.М. Миньковский, И.Б. Михайловская, Я.О. Мотовиловкер, В.П. Нажимов, И.Д. Перлов, И.Л. Петрухин, Н.Н. Полянский, В.М. Савицкий, В.Т. Томин, А.И. Трусов, Ф.Н. Фаткуллин, С.А. Шейфер, А.А. Эйсман, П.С. Элькинд, М.Л. Якуб и др. В 1966—1967 гг. была опубликована двухтомная монография «Теория доказательств в советском уголовном процессе», сыгравшая большую роль в развитии отечественного доказательственного права. Заметное место среди учебной литературы по уголовному процессу заняли: «Курс советского уголовного процесса. Общая часть» под ред. проф. А.Д. Бойкова и проф. И.И. Карпеца (1989), учебник «Советский уголовный процесс» под ред. проф. Н.С. Алексеева и проф. В.З. Лукашевича (Л., 1989) и ряд других. Подведением итогов советского периода процессуальной теории можно считать работу Н.С. Алексеева, В.Г. Даева, Л.Д. Кокорева «Очерк развития науки советского уголовного процесса» (Воронеж, 1980), в которой дан анализ ее основных идей и тенденций, рассмотрены различные научные позиции и подходы.

В постсоветское время ветер перемен затронул и уголовно-процессуальную теорию. К началу 90-х годов назрела потребность в радикальной судебной реформе, призванной заменить обветшалые процессуальные конструкции современным демократическим законодательством. Особо следует отметить труд коллектива авторов Института государства и права «Уголовно-процессуальное законодательство Союза ССР и РСФСР. Теоретическая модель» под ред. проф. В.М. Савицкого (1990). Многие положения этой книги были в дальнейшем востребованы при подготовке окончательного проекта УПК РФ. Была подготовлена и принята высшим органом законодательной власти страны Концепция судебной реформы (24.10.91 г.), созданная коллективом ученых-правоведов (Б.А. Золотухин, С.Е. Вицин, А.М. Ларин, И.Б. Михайловская, Т.Г. Морщакова, С.А. Пашин, И.Л. Петрухин, Ю.И. Стецовский). В ее основу легли идеи разделения властей, состязательности судопроизводства, независимой судебной власти, равенства сторон, презумпции невиновности, неприкосновенности личности, контроля суда за соблюдением конституционных прав граждан на предварительном расследовании и т.д. Впоследствии многие из них нашли закрепление в Конституции РФ (1993). Это послужило стимулом к новому витку развития отечественной уголовно-процессуальной науки.

§ 1. ПРЕДМЕТ И МЕТОДЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В ОБЛАСТИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Предметом правового регулирования в области уголовного процесса являются правоотношения, складывающиеся при производстве по уголовным делам под воздействием норм уголовно-процессуального права. Характер этого воздействия определяется *методами правового регулирования*. Понятие метода правового регулирования отвечает на вопросы *как, по какому принципу* строятся правоотношения, составляющие предмет той или иной отрасли права. В уголовно-процессуальном праве широко используется *императивный* метод правового регулирования (от лат. *impero* — приказывать, предписывать). При использовании императивного метода организации правоотношений право или обязанность субъекта на совершение определенных процессуальных действий возникает не по его свободному усмотрению и не из договоренности с другими субъектами, а по властному велению закона, т.е. в силу публичной обязанности перед государством. Так, право следователя возбудить уголовное дело при наличии для того необходимых оснований и условий одновременно есть и его публичная обязанность. Просьба обвиняемого об обеспечении ему помощи защитника императивно порождает соответствующую обязанность органов предварительного расследования или суда, причем подобная обязанность возникает у них не только перед обвиняемым, но и перед государством, которое в лице законодателя устанавливает определенные санкции за ее неисполнение (признание недопустимыми полученных при этом доказательств, возвращение дела прокурором на дополнительное расследование и т.д.). Императивный метод предполагает обязательное участие в правоотношении помимо прочих субъектов государственного органа или должностного лица, действующих в силу служебного долга, *ex officio* (лат.). Другой метод правового регулирования, используемый в уголовном судопроизводстве, — *диспозитивный* (от лат. *dispositio* — свободное распоряжение, усмотрение). Это такой способ построения правоотношений, когда субъект реализует свое право или по собственному, единоличному усмотрению, или по добровольному соглашению с другими субъектами. Реализация процессуальных прав и обязанностей при этом не диктуется публичной обязанностью перед государством, а субъект никому не должен давать отчет в выборе того или иного варианта своего поведения. Например, обвиняемый по общему правилу вправе по своему усмотрению требовать допуска защитника к участию в уголовном деле либо отказаться от его помощи. Следует иметь в виду, что в уголовном процессе действие диспозитивного метода регулирования ограничено. Это объясняется публичным характером интересов, являющихся объектом большинства уголовно-процессуальных отношений. Сектор процесса, в котором применяется диспозитивный метод правового регулирования, — это прежде всего отношения, связанные с гражданским иском в уголовном судопроизводстве, использованием права обвиняемого или подозреваемого на защиту, заявлениями, ходатайствами и жалобами субъектов правоотношений, некоторыми действиями потерпевшего по делам частного и частно-публичного обвинения, а также прекращением уголовного дела в связи с примирением обвиняемого с потерпевшим и некоторые другие.

Однако сведение правового регулирования лишь к двум названным методам не учитывает всей специфики процессуальных отраслей и является, по сути, перенесением на процессуальную почву форм воздействия на общественные отношения, которые типичны для материального права. В состязательном процессе центральный метод правового регулирования иной. Он заключается в таком способе построения отношений участников процесса, когда при решении наиболее значимых юридических вопросов между ними стоит независимый и беспристрастный арбитр. Поэтому данный метод регулирования следует назвать *судебным*, или *арбитражным*¹.

Важно подчеркнуть, что при его использовании ни одна из сторон не имеет непосредственной власти над другой. Принуждая обвиняемого, например, к тому или иному ограничению свободы, обвинитель вынужден обращаться к суду за соответствующим разрешением. Точно так же обвиняемый, добиваясь отмены принудительных мер, может действовать через суд. Все это мало напоминает деятельность «по приказу». Но, может быть, сам суд, принимая властное решение, действует императивно? Отвечая на этот вопрос, следует иметь в виду, что при императивном методе субъект властных полномочий управляет ситуацией, пытаясь достигнуть целей, стоящих непосредственно перед ним. Иное дело, когда он принимает то или иное решение по требованию стороны. Это сторона добивается здесь своей цели, это она активно участвует в управлении ситуацией. Требуя от суда законного решения, сторона почти так же властно воздействует на суд, как и суд на данную сторону. Для подобного способа взаимоотношений уже тесны рамки императивно-командной схемы. Участники процесса в своих требованиях подчиняются не один другому, но лишь правовым нормам, закону. Значит, в основе взаимоотношений, в том числе «обвинитель—обвиняемый», лежит в данном случае не метод власти—подчинения, а нечто иное. Нельзя здесь обнаружить и признаки диспозитивного регулирования, так как решение принимается не по свободному усмотрению сторон, а согласно мнению суда. Но и сам суд в значительной степени связан позицией сторон и представленными ими доказательствами и потому также не может быть признан абсолютно свободным (диспозитивным) в принятии решения. Волеизъявление сторон, будучи опосредовано мнением и волей арбитра, направлено друг к другу не «по горизонтали» (как это было при диспозитивном регулировании) и не «по вертикали» (что характерно для императивного метода), а как бы по дуге. В рамках этого метода сохраняются одновременно и равноправие сторон, свойственное диспозитивности, и властный характер отношений, заимствованный у императивного метода. Арбитражный метод диалектически «снимает» низшие методы, преобразуя их в качественно новый сплав. Описываемый метод — своего рода система сдержек и противовесов в состязательном судопроизводстве. Такое правовое регулирование приводит к появлению трехсубъектного состязательного правоотношения с участием суда².

¹ См.: *Смирнов А.В.* Модели уголовного процесса. СПб. : Наука, 2000. С. 20—21.

² В российской юридической литературе арбитражный метод регулирования процессуальных отношений находит все большее признание (см.: *Макаркин А.И.* Состязательность на предварительном следствии : автореф. канд. дис. СПб., 2001. С. 8, 17; *Калиновский К.Б.* Основные виды уголовного судопроизводства : учеб. пособие. СПб., 2002. С. 52; *Вандышев В.В.* Уголовный процесс : курс лекций. СПб., 2002. С. 17; *Карякин Е.А.* Реализация принципа состязательности в уголовном судопроизводстве. Оренбург, 2005. С. 12—13; *Гуськова А.П., Муратова Н.Г.* Судебное право: история и современность судебной власти в сфере уголовного судопроизводства. М. : ИГ «Юрист». 2005. С. 47—48).

Арбитражный метод уместен в первую очередь там, где рассматривается главный вопрос уголовного дела — о виновности и уголовной ответственности. Поэтому признание лица виновным в совершении преступления возможно только судом при рассмотрении дела по существу. Он должен применяться и там, где органами предварительного расследования, прокурором выносятся решения, препятствующие спору, движению дела, — об отказе в возбуждении, о прекращении, о длительном отложении или приостановлении дела и т.п., а также совершаются действия (бездействие), нарушающие конституционные права граждан. При этом формой применения арбитражного метода при обжаловании названных актов является обращение в судебную инстанцию (ст. 125 УПК).

С помощью арбитражного метода должны также решаться вопросы о применении процессуального принуждения, ибо в состязательном процессе стороны равны и поэтому ни одна из них не вправе довлеть над другой. Вопросы, связанные с принудительным воздействием, там, где нет особой неотложности, должны решаться в судебном заседании (о заключении под стражу, применении домашнего ареста; о продлении срока содержания под стражей; о помещении подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы; о производстве осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц; о производстве обыска или выемки в жилище и т.п.).

Обжалование прочих решений или принятие их в судебной форме излишне и нецелесообразно, ведет к неоправданному ограничению судом самостоятельности публичного обвинителя и напрасной волоките. Так, например, вполне допустимо императивное регулирование проведения публичным обвинителем не связанных с непосредственным принуждением следственных действий (допросов и т.д.); вынесения большинства управленческих решений в уголовном процессе (о принятии дела к производству, направлении его по подследственности, о направлении следственных поручений и т.п.). Диспозитивным методом закон ограничивается при принятии решения частными лицами — участниками процесса об использовании своих прав, например, на обжалование решений государственных органов, при регулировании отношений обвиняемого и защитника и т.д.

§ 2. ПОНЯТИЕ ИСТОЧНИКОВ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

Под *источниками права* в юридическом смысле обычно понимается та или иная внешняя форма выражения правовых норм. Основной источник уголовно-процессуального права — это закон. Согласно Конституции РФ (п. «о» ст. 71) уголовно-процессуальное законодательство относится к исключительному ведению Российской Федерации. В соответствии с ч. 1 ст. 1 УПК единственными законами, которые могут быть источником уголовно-процессуального права, являются Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Конституция Российской Федерации, на которой Кодекс основан. Юридически это означает следующее:

а) при определении порядка уголовного судопроизводства по делу прямому применению подлежит только УПК, а в случаях, если его отдельные положения противоречат конституционным нормам, — Конституция РФ;

б) в случае если уголовно-процессуальные нормы содержатся в каких-либо иных источниках, они не должны противоречить УПК и Конституции РФ и подлежат приведению в соответствие с ними;

в) если в каком-либо ином федеральном законе содержатся новые уголовно-процессуальные нормы, они могут применяться только после того, как будут включены (инкорпорированы) в УПК.

Названные правила предохраняют уголовный процесс от проникновения в него чужеродных норм, не отвечающих демократическим принципам судопроизводства и противоречащих внутренней системе УПК, что является важной политической гарантией против рецидивов авторитаризма в области уголовного процесса.

Федеральным законом от 18.12.2001 г. «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (ст. 4) установлено, что «действующие на территории Российской Федерации федеральные законы и иные нормативные правовые акты, связанные с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации, подлежат приведению в соответствие с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации. Впредь до приведения в соответствие с Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации указанные федеральные законы и иные нормативные правовые акты применяются в части, не противоречащей Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации».

Следует, однако, учитывать, что Конституционный Суд РФ выработал в данном вопросе следующую правовую позицию. В случае коллизии законов приоритет УПК РФ действует лишь при условии, если речь идет о правовом регулировании собственно уголовно-процессуальных отношений. Однако его преимущество перед другими федеральными законами не является безусловным — оно может быть ограничено как установленной Конституцией РФ (ч. 3 ст. 76) иерархией федеральных конституционных законов и обычных федеральных законов (к их числу относится и УПК РФ), так и правилами о том, что в случае коллизии между различными законами равной юридической силы приоритетными признаются: а) последующий закон; б) закон, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений; в) законы, в которых устанавливаются дополнительные гарантии прав и законных интересов отдельных категорий лиц, обусловленные, например, их особым правовым статусом. При этом разрешение коллизий между различными правовыми актами должно осуществляться исходя из того, какой из этих актов предусматривает больший объем прав и свобод граждан и устанавливает более широкие их гарантии¹.

В настоящий момент с соответствующими изменениями и дополнениями продолжают действовать следующие законы и иные нормативные акты, в которых содержатся нормы, имеющие отношение к порядку производства по уголовным делам: Положение о порядке возмещения ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, ут-

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 № 439 по жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав ст. 7, 29, 182 и 183 УПК РФ / Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 5. Ст. 633 (далее — СЗ РФ).

вержденное Президиумом Верховного Совета СССР 18.05.81 г.¹; законы РФ: от 08.07.81 г. «О судостроительстве РСФСР» (в части, не противоречащей законодательству РФ); от 18.04.91 г. «О милиции»; от 26.06.92 г. «О статусе судей в Российской Федерации»; Федеральный закон от 02.07.92 г. «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»; Указ Президента РФ от 12.02.93 № 209 «О милиции общественной безопасности (местной милиции) в Российской Федерации»; Таможенный кодекс Российской Федерации от 18.06.93 г.; федеральные законы: от 03.04.95 г. «О Федеральной службе безопасности»; от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»; от 12.08.95 г. «Об оперативно-розыскной деятельности»; от 17.01.92 г. «О прокуратуре Российской Федерации»; Федеральный конституционный закон от 31.12.96 г. «О судебной системе Российской Федерации»; Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 08.01.97 г.; Федеральный закон от 21.07.97 г. «Об исполнительном производстве»; Федеральный конституционный закон: от 23.06.99 г. «О военных судах Российской Федерации»; федеральные законы: от 31.05.2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»; от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и др.

Согласно ст. 90 Конституции РФ Президент издает указы, обязательные на всей территории Российской Федерации. Известны случаи, когда указы содержали уголовно-процессуальные нормы (например, отмененный ныне Указ Президента РФ от 14.06.94 № 1226 «О неотложных мерах по защите населения от бандитизма и иных проявлений организованной преступности»). В силу ч. 3 ст. 90 Конституции РФ указы не должны противоречить как самой Конституции, так и федеральным законам. Более того, представляется, что в случае, когда указом создаются новые уголовно-процессуальные нормы, не включенные в Кодекс, они могут применяться только в том случае, если будут инкорпорированы в УПК.

Кроме того, в соответствии с Конституцией РФ (п. 4 ст. 15) составной частью правовой системы Российской Федерации являются общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры. Это значит, что к источникам уголовно-процессуального права в нашей стране относятся и названные виды международных юридических норм (более подробно об этом см. в § 4 настоящей главы).

Если отдельные отношения, возникающие в уголовном судопроизводстве, прямо не урегулированы нормами закона, то при определенных условиях допускается применение *аналогии уголовно-процессуального закона* или *аналогии уголовно-процессуального права*. Аналогия закона может иметь место тогда, когда на неурегулированное отношение распространяется действие законодательной нормы, регулирующей сходное правоотношение. Так, например, в новом УПК нигде не сказано о том, что суд может *истребовать предметы и документы*. Подобное право по буквальному смыслу закона предоставлено лишь прокурору, следователю, органу дознания, дозна-

¹ Определением Конституционного Суда РФ от 21.04.2005 № 242-О разъяснено, что данный нормативный акт может применяться лишь во взаимосвязи с положениями гл. 18 УПК РФ, регламентирующей основания возникновения права на реабилитацию, порядок признания этого права и возмещения различных видов вреда, а также с положениями ст. 1070 и § 4 гл. 59 ГК РФ.

вателю (ч. 4 ст. 21) и адвокату (ч. 3 ст. 86). В то же время суд вправе проводить следственные и иные процессуальные действия (ч. 1 ст. 86). Представляется, что по аналогии с ч. 4 ст. 21 суд также может делать и запросы о предоставлении ему необходимых сведений, обязательные для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами.

Аналогия права применяется лишь в крайних случаях, когда нет уголовно-процессуальной нормы, подходящей для применения по аналогии закона. Тогда для урегулирования возникающих в процессе отношений могут применяться непосредственно общие начала уголовно-процессуального права. Так, согласно п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК защитник вправе использовать любые, помимо указанных в названной статье, не запрещенные законом средства и способы защиты: например, правозащитные акции, включающие обращение ко всем правозащитным организациям, общественным объединениям, думским фракциям, ко всем средствам массовой информации и ко всем гражданам страны с призывом активизировать правозащитные механизмы в легальных формах протеста против нарушения прав человека и т.д.¹ По существу, это означает, что защитник, используя новые средства и способы защиты, использует аналогию права. Примером широкого применения аналогии права в уголовном процессе могут служить также многие решения Конституционного Суда РФ, которыми пробелы в законодательстве, вызванные признанием неконституционными ряда норм УПК, заполнены с помощью интерпретации общих правовых положений и принципов, содержащихся в Конституции РФ и нормах международного права.

§ 3. РОЛЬ КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК ИСТОЧНИКА УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

Значение Конституции РФ в уголовном судопроизводстве определяется тем, что она содержит ряд основополагающих норм, которым ввиду ее высшей юридической силы должно соответствовать отраслевое уголовно-процессуальное законодательство. Это прежде всего положения гл. 2 Конституции, касающиеся прав и свобод человека и гражданина в уголовном процессе, — равенство всех перед законом и судом, неприкосновенность личности, частной жизни, тайна переписки и сообщений, защита чести и доброго имени, неприкосновенность жилища, право на доступ к правосудию и судебную защиту, презумпция невиновности, право на получение квалифицированной юридической помощи и т.д. Кроме того, Конституция РФ в гл. 7 устанавливает основы судебной власти — состязательность и гласность судопроизводства, неприкосновенность и несменяемость судей, запрет на создание чрезвычайных судов. Устанавливая эти нормы, Конституция закладывает основы построения отраслевого законодательства. Вместе с тем Конституция РФ — это и акт прямого действия (ч. 1 ст. 15). При необходимости (например, в случае противоречия Основному закону отдельных уголовно-процессуальных норм, обнаружения пробелов в отраслевом законодательстве) конституционные нормы могут применяться в уголовном процессе

¹ См.: *Ткаченко А.П.* Культура защиты прав человека в правовой культуре постсоветской России : автореф. дис. канд. культурологии. М.: Российский ин-т культурологии, 2006.

непосредственно. Благодаря этому Конституция РФ выступает гарантом соблюдения в уголовном процессе прав человека и демократических основ судопроизводства.

§ 4. МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ НОРМЫ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Как уже отмечалось выше, согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы». При этом той же статьей установлено, что «если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Наиболее близкое отношение к уголовному судопроизводству имеют следующие общепризнанные международно-правовые принципы:

- суверенного равенства государств;
- невмешательства во внутренние дела;
- неприменения силы и угрозы силой;
- добросовестного выполнения государствами своих международных обязательств;
- межгосударственного сотрудничества и солидарности государств;
- гуманизма, уважения прав человека и справедливости.

Так, согласно *принципам суверенного равенства и невмешательства во внутренние дела* ни одно государство не вправе издавать законы либо производить действия, распространяющие его судебную юрисдикцию на территорию других государств без согласия последних. Так, например, должны считаться юридически ничтожными результаты процессуальных действий, совершенных следственными органами одного государства на территории другого, если это не предусмотрено соответствующим международным договором. *Принцип неприменения силы и угрозы силой* означает, что ни одно государство не может добиваться применения своего внутреннего права путем похищения или захвата лиц на территории другого суверенного государства либо требовать их выдачи под угрозой военных акций и т.п. *Принцип добросовестного выполнения государствами международных обязательств* проявляется в том, что положения национального уголовно-процессуального законодательства не могут служить основанием для отказа от выполнения международных обязательств. Если в законе имеются нормы, противоречащие международному договору, заключенному государством, то в силу данного принципа применяются нормы договора, а закон должен быть приведен в соответствие с международными обязательствами. *Принцип межгосударственного сотрудничества и солидарности государств* находит выражение прежде всего в широкой практике заключения международных договоров об оказании правовой помощи, в том числе и по уголовным делам.

К числу общепризнанных международно-правовых норм, касающихся уголовного процесса, следует отнести нормы, устанавливающие:

- 1) недопустимость применения в уголовном процессе пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих человеческое достоинство видов обращения или наказания, право на гуманное отношение и уважение достоинства личности (ст. 3 Конвен-

ции о защите прав человека и основных свобод. Рим, 04.11.50 г.; Конвенция ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10.12.84 г.; принцип 6 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденного Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 09.12.88 № 43/173);

2) запрет на выдачу лица другому государству, если: а) существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток или смертной казни; б) преступление, в отношении которого запрашивается выдача, рассматривается запрашиваемой стороной в качестве политического преступления либо имеются достаточные основания полагать, что запрос о выдаче имеет целью преследование или наказание лица в связи с его расой, религией, национальностью или политическими убеждениями либо за другое преступление, нежели то, которое было указано в запросе (ст. 3 Европейской конвенции о выдаче. Страсбург, 13.12.57 г.);

3) недопустимость произвольного ареста или содержания под стражей: «Никто не должен быть лишен свободы иначе как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом» (ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах. Нью-Йорк, 19.12.66 г.; ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод);

4) право арестованного или задержанного на судебную проверку законности ареста или задержания в срочном порядке, т.е. без неоправданных проволочек, в течение разумного, достаточно краткого времени (ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; п. 3 ст. 5 Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека; принципы 11, 32 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме);

5) право задержанного или арестованного на заявление ходатайства об уведомлении членов семьи или иных лиц по его выбору о факте задержания или ареста и о месте, в котором он содержится; право на посещение членами семьи и переписку с ними (принципы 16, 19 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме);

6) право задержанного или арестованного на проведение медицинского обследования (принципы 24—26 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме);

7) запрет на применение к задержанному таких методов расследования, которые нарушают его способность принимать решения или выносить суждения, в том числе запрет злоупотреблять положением задержанного с целью получения от него показаний против него самого или каких-либо других лиц (принцип 21 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме);

8) запрет на введение неоправданных ограничений в отношении задержанных или арестованных, не вызываемых непосредственной необходимостью с точки зрения целей задержания или ареста (принцип 36 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме);

9) право на компенсацию каждому, кто был жертвой незаконного ареста или содержания под стражей или незаконного осуждения (ст. 9, 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 4 ст. 5 Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека);

10) право задержанного или обвиняемого быть подробно и в срочном порядке уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявляемого ему обвинения (п. 3 (а) ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 (а) ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; принцип 10 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме);

11) право каждого обвиняемого в уголовном преступлении считаться невиновным, пока виновность его не будет доказана согласно закону, т.е. презумпция невиновности (ст. 11 Всеобщей декларации прав человека; п. 2 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 2 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; п. 2 ст. 6 Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека);

12) право лица на справедливое и гласное рассмотрение предъявляемого ему уголовного обвинения без неоправданной задержки на основе полного равенства компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона (ст. 10 Всеобщей декларации прав человека, принятая на третьей сессии Генеральной Ассамблеи ООН 10.12.48 г.; п. 1 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; п. 1 ст. 6 Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека);

13) право иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и защищать себя лично или посредством выбранного им самим защитника (ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; п. 3 (d) ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 (b) ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод);

14) право на оказание квалифицированной юридической помощи со стороны компетентного адвоката (п. 6 Основных положений о роли адвокатов, принятых Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений. Нью-Йорк, август 1990 г.);

15) право на предоставление обвиняемому или подозреваемому безвозмездной помощи защитника и переводчика в случае, когда у него недостаточно средств для оплаты этого защитника или переводчика (п. 2 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод; п. 3 (d) ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах);

16) право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей (право на очную ставку) и право на вызов и допрос его свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него (п. 3 (e) ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 (d) ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод);

17) запрет на принуждение лица к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным и право лица на отказ от дачи таких показаний (п. 3 (g) ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах);

18) право на пересмотр осуждения и приговора вышестоящей судебной инстанцией согласно закону (п. 5 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах);

19) правило «*non bis in idem*» (лат. «не дважды за одно и то же»), т.е. запрет на вторичное привлечение лица к уголовной ответственности за преступление, за которое он уже был окончательно осужден или оправдан (п. 7 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах);

20) право каждого приговоренного к смертной казни обжаловать приговор в апелляционном порядке в суд высшей инстанции и подать прошение о помиловании, причем помилование или замена приговора могут быть предоставлены во всех случаях вынесения смертного приговора (п. 6, 7 Мер, гарантирующих защиту прав тех, кто приговорен к смертной казни, одобренных 21-м пленарным заседанием Экономического и Социального Совета ООН 25.05.84 г.).

В *международных договорах*, касающихся вопросов уголовного процесса, могут найти закрепление как общепризнанные принципы и нормы, так и нормы, регулирующие отношения только участвующих в них субъектов. В зависимости от количества участников договоры бывают многосторонними и двусторонними. Состав и уровень их участников могут быть различными. Согласно п. 2 ст. 3 Федерального закона от 15.07.95 г. «О международных договорах Российской Федерации» «международные договоры Российской Федерации заключаются с иностранными государствами, а также с международными организациями от имени Российской Федерации (межгосударственные договоры), от имени Правительства Российской Федерации (межправительственные договоры), от имени федеральных органов исполнительной власти (договоры межведомственного характера)». Наибольшее значение для уголовного процесса имеют договоры о правовой помощи, определяющие порядок взаимодействия судебных и следственных органов разных стран при осуществлении уголовного преследования лиц, находящихся за пределами государств, где были совершены преступления; исполнении поручений о производстве процессуальных действий и т.д. Значительное количество таких договоров было в свое время заключено СССР с социалистическими государствами, а также с Алжиром, Грецией, Ираком, Тунисом, Финляндией и некоторыми другими странами. Часть из них продолжает действовать и поныне. В 90-е годы Россией были подписаны аналогичные соглашения с Китаем, Литвой, Эстонией и Латвией, а также с рядом государств — членов СНГ. Среди них — многосторонняя Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанная в Минске 22.01.93 г. (вступила в силу 10.12.94 г.). Россией подписаны и ратифицированы Европейская конвенция о выдаче от 13.12.57 г. и Европейская конвенция о взаимной правовой помощи по уголовным делам от 20.04.59 г. Большое количество договоров межведомственного характера о сотрудничестве в сфере борьбы с преступностью заключено с правоохранительными органами других государств Министерством внутренних дел РФ и Генеральной прокуратурой РФ

Кроме договоров о правовой помощи порядок взаимоотношений российских правоохранительных органов с иностранными гражданами и должностными лицами может регулироваться также консульскими конвенциями. В соответствии с ними консулы вправе представлять перед судами и следственными органами страны пребывания граждан назначившего их государства, если эти граждане из-за отсутствия или по каким-либо другим уважительным причинам не могут сами защищать свои права и интересы.

Общепризнанные международные принципы и нормы существуют как в форме норм, установленных международными договорами, так и в форме *юридических обычаев*, которые составляют так называемое общее международное право. Статутом Международного Суда ООН от 26.06.45 г. обычай определен как доказательство «общей практики, принятой в качестве правовой нормы» (п. 1 «b» ст. 38).

Обычная норма становится принадлежностью общего международного права в результате ее признания если не всеми, то *большинством* государств, представляющих основные политические и правовые системы. Современные международно-правовые обычаи приобретают формальную определенность, так как общепризнанные принципы и нормы, как правило, находят отражение в многосторонних конвенциях и соглашениях и, кроме того, в иных документах международного права: декларациях, резолюциях международных органов и организаций, конференций, решениях международных судов и т.д. Авторитет названных документов особенно высок. Конституционный Суд РФ не раз в своих решениях ссылался на Всеобщую декларацию прав человека и др.

Особенностью формирования современных обычных норм международного права в области уголовного судопроизводства является растущее влияние на них так называемых рекомендательных норм, или международных стандартов, в разработке которых основная роль принадлежит Конгрессу ООН по предупреждению преступлений и обращению с правонарушителями. Документы Конгресса обычно подтверждаются резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН. Среди них Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка (1979), Основные принципы независимости суда (1985), Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, принятая Генеральной Ассамблеей ООН (1985), Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (1988), Основные положения о роли адвокатов (1990) и др. Обоснование того, является ли та или иная норма общепризнанной, не всегда бывает легким делом. Согласно разъяснению Пленума Верховного Суда РФ «под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного. Содержание указанных принципов и норм международного права может раскрываться, в частности, в документах Организации Объединенных Наций и ее специализированных учреждений»¹. В качестве доказательств общепризнанного характера нормы могут служить: а) фиксация нормы в международных документах; б) отсутствие протестов государств против ее общепризнанного характера; в) фактическое признание нормы (так называемая трансформация) законодательством достаточно представительного круга государств².

§ 5. СООТНОШЕНИЕ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО И ВНУТРЕННЕГО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА РОССИИ

Поскольку общепризнанные принципы и нормы международного права, а также международные договоры являются частью правовой системы России³, следует

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» // Российская газета. 02.12.2003. № 244.

² См.: Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М., 1997. С. 74—82.

³ Международный договор Российской Федерации — это международное соглашение, заключенное Российской Федерацией с иностранным государством или государствами, либо с междуна-

раскрыть взаимосвязь норм международного и внутреннего уголовно-процессуального права. Всякий раз оценивая юридическую силу и значение этих норм в случае их конкуренции, необходимо учитывать следующее:

1. Международные договоры имеют приоритет над нормами внутреннего законодательства, т.е. в случае их коллизии применяются правила международного договора, а не нормы Уголовно-процессуального кодекса и любых других законов (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ).

2. В соответствии с разъяснением, данным Пленумом Верховного Суда РФ в п. 5 постановления от 31.10.95 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия», иные правила по сравнению с правилами внутреннего законодательства могут устанавливаться только ратифицированными международными договорами Российской Федерации, т.е. утвержденными в форме федерального закона. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» сказано: «Обратить внимание судов на то, что согласие на обязательность международного договора для Российской Федерации должно быть выражено в форме федерального закона, если указанным договором установлены иные правила, чем федеральным законом (ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, ч. 1 и 2 ст. 5, ст. 14, п. «а» ч. 1 ст. 15 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», ч. 2 ст. 1 ГПК РФ, ч. 3 ст. 1 УПК РФ)».

Правила действующего международного договора Российской Федерации, согласие на обязательность которого было принято не в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении подзаконных нормативных актов, изданных органом государственной власти, заключившим данный договор

3. Общепризнанные принципы и нормы международного права, касающиеся прав человека и гражданина, в том числе и в области уголовного судопроизводства, всегда имеют приоритет над внутренними законами и являются непосредственно действующими (ч. 1 ст. 17, ст. 18 Конституции РФ).

4. В соответствии с ч. 3 ст. 5 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» непосредственно могут действовать только положения международных договоров, удовлетворяющие одновременно следующим условиям:

родной организацией в письменной форме и регулируемое международным правом независимо от того, содержится такое соглашение в одном документе или в нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования (конвенция, пакт, соглашение и т.п.). Международные договоры Российской Федерации могут заключаться от имени Российской Федерации (межгосударственные договоры), от имени Правительства Российской Федерации (межправительственные договоры) и от имени федеральных органов исполнительной власти (межведомственные договоры). Частью правовой системы Российской Федерации являются также заключенные СССР действующие международные договоры, в отношении которых Российская Федерация продолжает осуществлять международные права и обязательства СССР в качестве государства — правопреемника Союза ССР (см. п. 2 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»).

а) договор официально опубликован¹; б) положения договора должны быть самоисполнимы, т.е. не нуждаться в издании внутригосударственных актов в целях их применения. Для осуществления иных положений международных договоров Российской Федерации должны приниматься соответствующие правовые акты. Так, например, упомянутая выше общепризнанная норма международного права о судебном обжаловании законности задержания в течение разумного срока самоисполнима и в принципе может быть реализована даже без принятия каких-либо дополнительных законов, а вот норма о праве на компенсацию ввиду незаконного задержания или ареста предполагает наличие законодательных норм, конкретизирующих виды и процедуру такой компенсации.

5. В случае противоречия договоров межведомственного либо ведомственного характера и федерального закона всегда применяются нормы закона.

6. Межгосударственные и межправительственные договоры имеют приоритет над межведомственными соглашениями.

§ 6. ДЕЙСТВИЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНА ВО ВРЕМЕНИ

Нормы о действии уголовно-процессуального закона во времени охватывают две разные группы вопросов: а) о времени вступления закона в силу и прекращения его действия; б) о применении норм уголовно-процессуального закона в случае изменений в законодательстве по делам, возникшим до момента принятия нового закона.

Как и другие законы, уголовно-процессуальный закон вступает в силу по истечении 10 дней после его официального опубликования, если в самом законе не установлен иной порядок его введения в действие (Федеральный закон от 14.06.94 г. «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания»). Официальным опубликованием федерального закона является первая публикация его полного текста в «Парламентской газете», «Российской газете» или «Собрании законодательства Российской Федерации». Прекращение действия закона определяется либо отменой этого закона, либо принятием нового закона, отменяющего старый, либо истечением времени его действия, если оно так или иначе указано в законе, либо признанием его неконституционным решением Конституционного Суда РФ.

УПК РФ установлено, что «при производстве по уголовному делу применяется уголовно-процессуальный закон, действующий во время производства соответствующего процессуального действия или принятия процессуального решения, если иное не установлено настоящим Кодексом» (ст. 4). Данное положение имеет практический смысл лишь при изменении уголовно-процессуального закона в момент ведения производства по делу, когда встает вопрос о том, продолжать ли применять по этому, уже начатому делу старый закон или надо применить новый — иначе регулирующий те же про-

¹ Межгосударственные договоры публикуются в «Собрании законодательства Российской Федерации» или в «Бюллетене международных договоров». Международные договоры Российской Федерации межведомственного характера публикуются по решению федеральных органов исполнительной власти, от имени которых заключены такие договоры, в официальных изданиях этих органов.

цессуальные отношения. Общее правило таково: прежний процессуальный закон прекращает применяться в производстве по делу после введения в действие нового.

Показательным в этом плане является следующий пример из судебной практики. 28.06.2002 г. судья отказал обвиняемым в ходатайстве на рассмотрение их дела судом с участием присяжных заседателей на том основании, что, согласно Закону о введение в действие нового УПК РФ, это право у них возникало лишь с 01.07.2002 г. Судья назначил данное дело к рассмотрению на 10.07.2002 г., однако с участием народных заседателей, участие которых было предусмотрено старым Кодексом — УПК РСФСР. Президиум Верховного Суда РФ признал действия судьи ошибочными, ибо соответствующее процессуальное действие — рассмотрение дела — должно было происходить уже после 1 июля, и судье следовало руководствоваться новым УПК, который к этому времени должен был вступить в действие, предусматривая судебное разбирательство с участием присяжных заседателей¹. В другом своем решении Президиум Верховного Суда РФ признал допустимым протокол осмотра места происшествия, в котором участвовали несовершеннолетние понятые, так как на момент производства осмотра действовала ст. 135 УПК РСФСР 1960 г., которая не содержала запрета участия таких лиц в качестве понятых².

Необходимо при этом помнить, что новый уголовно-процессуальный закон, в отличие от материального уголовного закона, не имеет *обратной силы* — даже в случае, если он устанавливает правила, более благоприятные для тех или иных участников судопроизводства. Иначе говоря, уже совершенные по делу процессуальные действия не переделываются под новый закон, т.е. *поворот процесса* невозможен. Это объясняется главным образом тем, что при повороте процесса было бы практически невозможно заново собрать многие доказательства и произвести некоторые важные процессуальные действия.

Так, согласно ст. 10 Закона «О введение в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»³ с 01.07.2002 г. в действие были введены нормы, предусматривающие *судебный* порядок применения заключения под стражу, продления срока содержания под стражей, помещения подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы. Однако те из указанных решений, которые уже были приняты *с санкции прокурора* до 1 июля 2002 г., продолжили свое действие и после этой даты — в пределах того процессуального срока, на который они были избраны.

§ 7. ДЕЙСТВИЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНА В ПРОСТРАНСТВЕ

Общий принцип действия уголовно-процессуального закона в пространстве таков: если производство по делу ведется на территории Российской Федерации, то при этом независимо от того, где совершено преступление — на территории Рос-

¹ См. постановление Президиума Верховного Суда РФ от 04.06.2003 г. // БВС РФ. 2003. № 12.

² См. постановление Президиума Верховного Суда РФ от 21.01.2004 г. // БВС РФ. 2004. № 8.

³ В редакции п. 5 ст. 2 Федерального закона от 29.05.2002 г. «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон „О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации”».

сии или за ее пределами, применяется российский уголовно-процессуальный закон. Он опирается на общепризнанный международно-правовой принцип суверенного равенства государств. Обратной стороной последнего является международный принцип невмешательства государств во внутренние дела друг друга. Применительно к рассматриваемому правилу он означает, что ни одно государство не вправе издавать законы либо производить действия, распространяющие свою судебную юрисдикцию на территорию других государств, без согласия последних. Так, например, должны считаться юридически ничтожными результаты процессуальных действий, совершенных следственными органами одного государства на территории другого, если это не предусмотрено соответствующим международным договором. Для производства этих действий недостаточно даже выраженного согласия органов исполнительной власти другого государства (правительства, органов прокуратуры, юстиции, внутренних дел и т.д.), ибо они не уполномочены на то, чтобы делать исключения из закона, который практически во всех государствах закрепляет территориальный принцип применения уголовно-процессуальных норм. Создавать подобного рода изъятия — привилегия лишь закона или международного права. Например, Конвенцией государств СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22.01.93 г., а также двусторонними договорами о правовой помощи с такими государствами, как Болгария, Греция, КНДР, Куба, Латвия, Литва, Финляндия и т.д., при выполнении поручений о правовой помощи допускается применение на территории запрашиваемого государства иностранного законодательства, в том числе и процессуального, но только по просьбе запрашивающей стороны и если это не противоречит собственному законодательству стороны запрашиваемой.

Территория Российской Федерации включает в себя территории ее субъектов, внутренние воды и территориальное море, воздушное пространство над ними. Российская Федерация обладает суверенными правами и осуществляет юрисдикцию на континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне Российской Федерации в порядке, определяемом федеральным законом и нормами международного права (ст. 67 Конституции РФ). Водная, или морская территория государства, по сравнению с сухопутными и воздушными территориями, имеет, согласно международному праву, особый правовой режим, что отражается и на уголовно-процессуальной юрисдикции государств. Так, хотя Российская Федерация и обладает суверенитетом над своими внутренними водами, однако в настоящее время в международном праве сложился обычай, закрепленный в ряде соглашений по морскому торговому судоходству, который связан с отказом прибрежного государства от осуществления юрисдикции в отношении преступлений, совершенных на борту торгового судна, если они не затрагивают интересов этого государства или вообще не выходят за пределы судна. Так, согласно договору, заключенному в 1972 г. между СССР и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, уголовная юрисдикция на борту торгового судна, находящегося в порту не своего государства, осуществляется, за исключением случаев совершения тяжкого преступления, лишь по просьбе или с согласия консульского должностного лица. Что касается военных судов, то они, согласно нормам международного права, всегда находятся под юрисдикцией своего государства. Суверенитет России распространяется и на ее территориальные воды. Поэтому

производство по делам о преступлениях, совершенных на российских судах, находящихся в территориальных водах России, всегда ведется по российскому законодательству. Однако согласно ст. 19 Конвенции о территориальном море и прилежащей зоне, если иностранное судно пересекает территориальные воды без захода во внутренние воды (право мирного прохода), уголовная юрисдикция прибрежного государства на его борту не осуществляется. Исключения составляют случаи, когда последствия преступления распространяются на прибрежное государство либо когда капитан судна или консул прибрежного государства обращается к властям прибрежного государства за помощью, либо это необходимо для пресечения торговли наркотиками.

Таким образом, положения ч. 2 ст. 2 УПК следует понимать ограничительно. Они справедливы, только когда: а) преступление совершено на российском военном судне; б) преступление совершено на российском судне в открытом море; в) российское судно использует право мирного прохода через чужие территориальные воды без захода в воды внутренние; г) российское судно хотя и находится во внутренних водах иностранного государства, однако согласно международному договору преступление, совершенное на борту российского судна, подпадает под юрисдикцию России.

§ 8. ДЕЙСТВИЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНА ПО КРУГУ ЛИЦ

1. Понятие действия уголовно-процессуального закона по кругу лиц

Действие уголовно-процессуального закона *по кругу лиц* — это действие его в отношении различных категорий участников судопроизводства. Оно определяется, прежде всего, принципом равенства граждан перед законом и судом (ст. 19 Конституции РФ). В силу данного принципа уголовно-процессуальный закон действует одинаково в отношении всех, невзирая на пол, расу, национальность, язык, происхождение, имущественное и должностное положение, место жительства, отношение к религии, убеждения, принадлежность к общественным объединениям.

Главным образом это касается российских граждан. Но процессуальные действия проводятся согласно УПК РФ и в отношении иностранцев и лиц без гражданства — когда они являются обвиняемыми и подозреваемыми либо другими участниками уголовного судопроизводства (потерпевшими, свидетелями и т.д.). Вместе с тем в ряде случаев действие российского уголовно-процессуального закона распространяется на иностранных граждан и лиц без гражданства, даже если они совершили преступление не на российской территории. В законодательстве и судебной практике многих государств, в том числе России (ч. 3 ст. 12 УК РФ), признается *принцип защиты и безопасности*, согласно которому государство вправе привлечь к уголовной ответственности на своей территории и по своим законам любое лицо, подозреваемое или обвиняемое в совершении преступления против его интересов или интересов его граждан *вне территории* данного государства. Кроме того, экстерриториальная юрисдикция может осуществляться также в силу принципа *универсальности*, согласно которому юрисдикция государства на основе международного права распространяется на некоторые преступления, независимо от гражданства подозреваемых или обвиняемых

в них лиц и от мест, где они совершены. Это такие преступления, как апартеид, терроризм и некоторые другие (Конвенция о пресечении преступлений апартеида и наказания за него, 30.11.73 г., Европейская конвенция о борьбе с терроризмом, 27.01.77 г. и т.д.).

Равенство не отменяет, а, напротив, предполагает процессуальные различия, основанием которых служат определенные обстоятельства, как правило, личного характера, делающие лицо особо уязвимым в уголовном процессе — такие, например, как несовершеннолетие, состояние здоровья, наличие физических или психических недостатков, незнание языка, на котором ведется судопроизводство, и т.п. Для подобных случаев предусмотрена процессуальная форма, несколько отличная от обычной. Эти отличия продиктованы стремлением законодателя выровнять фактическое положение таких лиц в процессе с положением прочих его участников за счет введения особых, более благоприятных для них процессуальных условий и дополнительных гарантий.

Однако действие закона по лицам может базироваться не только на принципе равенства граждан, но и на некоторых иных основаниях. Так, при избрании в качестве меры пресечения залога сумма его определяется, в частности, в зависимости от имущественного положения залогодателя (ч. 1 ст. 106 УПК). Практически это означает, что малоимущие лица в меньшей степени могут рассчитывать на применение этой меры пресечения (например, вместо заключения под стражу), нежели состоятельные граждане. Справедливость правового основания этой нормы усматривается не в гражданском равенстве, а в индивидуальной адекватности применения залога личности подозреваемого или обвиняемого, достаточности для предотвращения риска его сокрытия от дознания, следствия и суда и воспрепятствования производству по делу.

Изъятия из принципа равенства перед законом и судом и соответственно различное действие уголовно-процессуального закона по лицам допускаются также в силу ряда публично-правовых интересов. Так, должностное положение может обуславливать *служебный иммунитет*, т.е. особый порядок производства в отношении ряда категорий должностных и некоторых других лиц, включающий получение их собственного предварительного согласия либо разрешения определенных инстанций на проведение в отношении этих лиц всех или некоторых процессуальных действий (см. об этом гл. 35 учебника). Служебный иммунитет означает не приобретение такими лицами личных выгод, а гарантию эффективности выполнения ими своих функций. Юридическим основанием он имеет не принцип равенства граждан, а другие правовые начала — суверенного равенства государств и межгосударственного сотрудничества, независимости судей, разделения властей и др.

Особенности действия уголовно-процессуального закона по лицам проявляются и в таких институтах, как *персональная подследственность и подсудность* уголовных дел. В настоящее время они предусмотрены прежде всего для военнослужащих (ч. 5—8 ст. 30, подп. «в» п. 1 ч. 2 ст. 151). Исходя из публичных интересов сохранения государственной и военной тайны, обеспечения дисциплины и боеспособности Вооруженных Сил РФ, предварительное расследование по этим делам производится следователями военной прокуратуры, а судопроизводство — военными судами. Кроме того, персональная подследственность установлена для отдельных категорий лиц, в отношении которых действуют определенные особенности производства по уголовным делам, — предварительное следствие и дознание по ним ведется следователями

прокуратуры и (или) Федеральной службы безопасности (подп. «б» и «в» п. 1 ч. 2, п. 7 ч. 3 и 4 ст. 151). Персональная подсудность определена также для членов Совета Федерации, депутатов Государственной Думы, судей федеральных судов: уголовное дело в отношении них по их ходатайству, заявленному до начала судебного разбирательства, рассматривается Верховным Судом РФ (ст. 452). Более подробно об этом см. § 2 гл. 35 учебника.

2. Дипломатический, консульский и иные международно-правовые иммунитеты

Изъятия из общего правила о равенстве всех перед законом и судом сделано также для лиц, обладающих *дипломатическим* и *консульским иммунитетом*, а также *правовыми иммунитетами*, определенными международными соглашениями. Любые процессуальные действия в отношении лиц, обладающих дипломатической неприкосновенностью (дипломатов, дипломатических курьеров, членов парламентских и правительственных делегаций и т.д.), производятся лишь по их просьбе или с согласия, которое испрашивается через Министерство иностранных дел РФ (ч. 2 ст. 3 УПК).

§ 9. РОЛЬ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ ПОСТАНОВЛЕНИЙ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РФ, РАЗЪЯСНЕНИЙ ВЕРХОВНОГО СУДА РФ, ПРИКАЗОВ И УКАЗАНИЙ, ПОЛОЖЕНИЙ И ИНСТРУКЦИЙ, ИЗДАВАЕМЫХ ГЕНЕРАЛЬНОЙ ПРОКУРАТУРОЙ РФ

Наибольшее значение для уголовного судопроизводства имеет такое полномочие Конституционного Суда РФ, как проверка конституционности законов и иных нормативных правовых актов. На практике такая проверка чаще всего производится по жалобам на нарушение прав и свобод граждан или по запросам судов (п. 3 ч. 1 ст. 3 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). Важно отметить, что посредством этого полномочия Конституционный Суд может не просто толковать уже существующие законы, а исправлять их, приводить в соответствие с Конституцией, создавая таким образом новые правомерные нормы, которые встают на место признанных неконституционными. При этом Конституционный Суд не пересматривает само дело, а лишь принимает решение по вопросу о конституционности подлежащего применению в нем закона. Его постановления с полным основанием могут считаться самостоятельным источником права, поскольку, по существу, создают *судебные прецеденты*, т.е. обоснованные в судебных решениях новые правовые нормы, обязательные в дальнейшем для применения всеми судебными и иными органами. Акты или их отдельные положения, признанные неконституционными, утрачивают силу; признанные не соответствующими Конституции РФ не вступившие в силу международные договоры не подлежат введению в действие и применению; решения судов и иных органов, основанные на актах, признанных неконституционными, не должны исполняться и пересматриваются на основании решения Конституционного Суда РФ в установленном законом порядке (ч. 3 ст. 79

Закона). Прецедентные нормы создаются Конституционным Судом исходя из положений Конституции РФ, а также, как свидетельствует практика конституционного правосудия, из принципов и норм общего международного права.

Значение таких полномочий Конституционного Суда можно рассматривать в нескольких аспектах. В политико-правовом плане оно состоит в том, что правовая система государства приобретает благодаря им устойчивость, гарантированность от нарушений конституционного порядка. В социально-правовом отношении последствия применения данного юридического механизма особенно примечательны — любой гражданин, даже тот, кто обвинен в совершении преступления, получает реальную возможность, опираясь на рычаг права, *непосредственно* влиять не только на исход своего конкретного дела, но и на сам закон, добиваясь его оперативного изменения. С технико-юридической точки зрения признание нормативного акта неконституционным обычно влечет его отмену компетентным органом и принятие другого акта, соответствующего решению Конституционного Суда.

Особое место в уголовном судопроизводстве занимают толкования правовых норм, содержащиеся в решениях Верховного Суда РФ. Если *судебное толкование* содержится в решении (приговоре, определении, постановлении) по результатам рассмотрения конкретного дела, то всегда является не нормативным, а *казуальным*, юридически обязательным только в отношении лиц, участвовавших в деле и в пределах решения суда. Другими словами, такое толкование дается лишь в интересах рассматриваемого дела. Приговоры, определения и постановления Верховного Суда формально не обязательны для нижестоящих судов, однако, будучи опубликованными, имея высокий профессиональный уровень, они служат ориентиром для судебной практики, порой приближаясь по своему фактическому значению к судебным прецедентам. Сложнее вопрос о юридическом статусе разъяснений, которые Верховный Суд РФ вправе давать по вопросам судебной практики (ст. 126 Конституции РФ; п. 5 ст. 19 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации»). Долгое время считалось, что Пленум Верховного Суда РФ дает *руководящие указания*, обязательные для всех судов, в силу чего содержащиеся в них разъяснения закона были, по существу, его *легальным толкованием* (т.е. исходящим от органа, особо уполномоченного законом давать разъяснения по тем или иным правовым вопросам). При этом не принималось во внимание, что дача судам обязательных руководящих разъяснений несовместима с принципом независимости судей и подчинения их не ведомственным разъяснениям, а только закону. Конституция РФ 1993 г. исправила этот недостаток. В статье 126 Конституции РФ говорится о даче Верховным Судом разъяснений по вопросам судебной практики, однако уже без указания на их руководящий характер. Поэтому разъяснения правовых норм, содержащиеся в постановлениях Пленума Верховного Суда, не могут в настоящее время рассматриваться как легальное толкование в собственном смысле этого слова. Они — официальное судебное толкование, однако особого рода, так как, во-первых, даются не в интересах какого-либо конкретного дела, а в интересах закона, а во-вторых, в силу принципа независимости судей, при осуществлении правосудия формально имеют для судов лишь моральное ориентирующее значение. Вот почему было бы неправомерно требовать от судов, чтобы они ссылались в своих решениях не только на закон, но также и на постановления Пленума Верховного Суда. Вместе с тем практическая роль разъяснений правовых норм, содержащихся в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, распространяется да-

леко за рамки формально-юридических дефиниций. Так же как и решения Верховного Суда РФ по конкретным делам, такие разъяснения воспринимаются нижестоящими судами как руководство к действию, ибо именно Верховный Суд РФ является высшей инстанцией страны для судов общей юрисдикции и, осуществляя свои полномочия по пересмотру уголовных дел в кассационном и надзорном порядке, безусловно способен заставить уважать свою точку зрения по вопросам правового толкования. Поэтому если не строго юридически, то *фактически* толкования закона Верховным Судом продолжают играть роль руководящих разъяснений для всей судебной и следственной практики.

Генеральный прокурор Российской Федерации издает обязательные для работников органов прокуратуры приказы, указания, распоряжения, положения и инструкции, регулирующие вопросы организации деятельности системы прокуратуры Российской Федерации, в том числе относящиеся к производству предварительного следствия следователями прокуратуры, поддержанию прокурорами государственного обвинения в судах и т.д. Естественно, что в ряде этих документов содержатся обязательные для прокурорских работников разъяснения и по поводу содержания и применения норм права, не в последнюю очередь — уголовно-процессуального. Таким образом, толкование правовых норм, содержащееся в этих актах, может рассматриваться как разновидность легального, так как оно в силу закона обязательно для прокурорских работников. Однако фактически значение его гораздо шире. Поскольку именно прокуроры осуществляют надзор за расследованием уголовных дел и вправе давать обязательные указания следователям и органам дознания (ч. 2 ст. 37 УПК), толкование правовых норм Генеральной прокуратурой на практике воспринимается органами предварительного расследования, независимо от их ведомственной принадлежности, как обязательное.

§ 10. СООТНОШЕНИЕ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА С ДРУГИМИ ОТРАСЛЯМИ ПРАВА И СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ

Уголовный процесс составляет часть правовой системы страны и международного права. О его соотношении с конституционным и международным правом уже говорилось выше. Среди отраслей внутреннего права ближе всего к уголовному процессу стоит *уголовное право*, которое устанавливает основание и принципы уголовной ответственности, определяет деяния, являющиеся преступлениями, устанавливает виды наказаний и иные меры, назначаемые за совершение преступлений. Уголовно-процессуальное право дает те юридические *формы*, в которых решается вопрос об уголовной ответственности за совершение преступлений. Таким образом, уголовно-процессуальное право создает формы *применения* норм материального уголовного права. Однако обе эти отрасли имеют своим предметом различные виды правоотношений. Уголовно-правовое отношение — это отношение между государством в целом и лицом, совершившим деяние, запрещенное уголовным законом. Оно возникает в момент совершения этого деяния. Уголовно-процессуальные отношения есть отношения между участниками процесса, и возникают они уже в момент получения первичных данных о совершении преступления (заявления, сообщения и т.д.). Уголовно-процессуальные от-

ношения служат средством выяснения и конкретизации уголовно-правового отношения. Вместе с тем реализация уголовно-правовых норм — не единственная задача уголовно-процессуального права. Как уже отмечалось, процессуальная форма призвана также обеспечить защиту граждан от необоснованного обвинения и осуждения, а в случае таковых — их реабилитацию. При правильном применении она сама по себе способствует предупреждению преступлений, формированию уважительного отношения к праву.

Уголовно-процессуальное право создает также формы для решения при производстве по уголовному делу вопроса о возмещении материального ущерба, причиненного преступлением и тем самым для реализации норм материального гражданского права.

Связь уголовно-процессуального и гражданско-процессуального права и состоит в сходстве ряда их общих начал: независимости суда, равноправия сторон, гласности, устности, непосредственности исследования доказательств, оценки доказательств по внутреннему убеждению. Однако между этими отраслями имеются и существенные различия. Корень их — в несовпадении предметов правового регулирования. Гражданский процесс направлен на установление гражданско-правовых отношений, т.е. имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений, основанных, в частности, на автономии воли их участников. Отсюда право субъектов материальных гражданских правоотношений распоряжаться собственностью и другими благами, затрагивающими интересы частного характера, и производное от этого гражданско-процессуальное право сторон распоряжаться иском. Поэтому в гражданско-процессуальном праве диспозитивный метод регулирования занимает значительно более сильные позиции. В уголовном процессе выяснение уголовно-правового отношения, как правило, нацелено на достижение ярко выраженного публичного интереса борьбы с преступлениями. Отсюда превалирование здесь императивного метода регулирования.

Уголовный процесс (как, впрочем, и гражданский) самым тесным образом переплетается с судостроительством, т.е. отраслью законодательства, устанавливающей организацию судебной системы, структуру и компетенцию судов. Можно сказать, что это две стороны одной медали. Если судостроительство регулирует организационную, структурную сторону судебной системы, то судопроизводство — процедурную, или функциональную. Поэтому судостроительство и судопроизводство имеют много общего. Так, например, ряд принципов организации судов являются одновременно и процессуальными принципами деятельности последних: независимости судей, равенства всех перед законом и судом, гласности процесса, национального языка судопроизводства и т.д.

Уголовный процесс граничит с административно-процессуальным законодательством в той его части, в которой оно регулирует производство по делам об административных правонарушениях. Формы этого административного производства во многом напоминают уголовно-процессуальные, отличаясь от них упрощенностью и ускоренностью. Рассмотрение дел об административных правонарушениях, так же как и уголовный процесс, производится на принципах равенства граждан, осуществления права на защиту, открытости (гласности), на основе оценки по внутреннему убеждению совокупности собранных доказательств по делу: протоколов, объяснений, показаний, заключений экспертов и т.д. Причина близости некоторых форм уголовного и административного процесса в том, что в обоих случаях речь идет о производ-

стве по делам о публичных правонарушениях. Административные правонарушения отличаются от уголовных преступлений, с которыми они иногда имеют общий объект посягательства, лишь малозначительностью. Производство по делам об административных правонарушениях можно поэтому рассматривать как определенное изъятие из обычного (уголовно-процессуального) судебного порядка, так как требуемые последним затраты времени и средств оправданы только в делах более или менее значительных. Вместе с тем с точки зрения теории процесса считалось бы предпочтительным, когда дело, признаваемое законом объективно малозначительным, передавалось для несудебного рассмотрения лишь тогда, когда обвиняемый сам не возражает против этого. Реализация данной идеи требует введения понятия уголовных проступков, т.е. малозначительных деяний, производство по которым в зависимости от согласия или несогласия обвиняемого может проводиться как в общем уголовно-процессуальном, так и в упрощенном административном порядке. Надо отметить, что законодательству многих государств известно понятие уголовных проступков (деликтов) и связанная с ними дифференциация форм производства.

Уголовный процесс тесно связан с особой научной дисциплиной — криминалистикой, изучающей методику, тактику и технику расследования преступлений и вырабатывающей на этой основе соответствующие практические рекомендации. Часть из них закреплена в уголовно-процессуальном законе, в основном, в виде некоторых правил производства следственных действий. Таким образом, уголовно-процессуальное право отчасти и есть криминалистика, возведенная в закон.

§ 1. СОСТЯЗАТЕЛЬНЫЙ ТИП УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

1. Понятие типов и видов судопроизводства

Понятие типа в современной науке неразрывно связано с понятием типологии, т.е. метода научного познания, в основе которого лежит расчленение систем объектов и их последующая группировка с помощью обобщенной, идеализированной модели, или типа. Тип, таким образом, есть некое предельное логическое понятие, допускающее заведомое упрощение реальности и используемое для исследования причин и характера отклонений исторической действительности от идеальной модели. В теории судопроизводства в качестве таких типов чаще всего используются понятия *состязательного* и *розыскного* процессов. Следует иметь в виду, что ни одно реальное уголовно-процессуальное законодательство не знает абсолютно чистых типов состязательного и розыскного производств. Каждый позитивный порядок процесса, в отличие от идеального, представляет собой результат исторических наслоений, отражающий в той или иной степени обе названные модели. Идеальные типы в своем историческом развитии прошли несколько этапов, на каждом из которых они приобретали особенные признаки, в связи с чем как в состязательном, так и в розыском судопроизводстве можно выделить несколько их *видов*.

2. Понятие состязательного типа уголовного судопроизводства

Состязательный тип уголовного процесса характеризуется следующими существенными признаками:

1. *Наличием* в нем двух *противоположных сторон* — обвинения (уголовного преследования) и защиты. Это необходимо постольку, поскольку для всякого состязания необходимы как минимум два конкурирующих субъекта.

2. *Процессуальным равенством сторон*. Состязание будет справедливым только тогда, когда противоборствующие стороны находятся в одной «весовой категории», т.е. обладают сравнимыми возможностями по отстаиванию своих интересов.

3. *Наличием независимого* от сторон *суда*. В состязательном процессе суд не может принимать на себя осуществление ни обвинительной, ни защитительной функции. Он приступает к делу лишь по обвинению, представленному уголовным преследователем, и не вправе выходить за рамки, очерченные в обвинении. Это ведет к тому, что главной движущей силой состязательного процесса является спор сторон по поводу обвинения. «*Нет обвинения — нет и процесса*» — одно из важных правил состязательности, вытекающее из принципа независимости суда. Соответственно ни одна из сторон также не может брать на себя даже часть судейской функции, ведь в противном случае суд не был бы отделен от сторон. «Никто не должен быть судьей в своем собственном деле» — гласит старинная заповедь состязательного процесса.

Вместе с тем состязательность в уголовном суде существенно отличается от той, которая имеется в суде гражданском. Во-первых, в современном *уголовном* процессе юридическое равенство сторон не означает их полного равноправия. Дело в том, что

при производстве по уголовным делам в качестве обвинителя, как правило, выступают государственные правоохранительные органы, превосходящие по своей мощи сторону защиты. Кроме того, именно они на предварительном расследовании собирают доказательства, применяют к обвиняемому меры процессуального принуждения. Поэтому не только их фактические возможности, но и права не могут быть такими же, как у стороны защиты. Чтобы обеспечить *справедливость* судебного состязания, необходимо восполнить это неравенство, уравнивать возможности сторон защиты и обвинения посредством наделения защиты дополнительными, отсутствующими у обвинения правами. Их совокупность получила в теории название *исключительных прав защиты* (*favor defensionis* — лат.). Среди преимуществ защиты следует особо выделить презумпцию невиновности, правила о толковании сомнений в пользу обвиняемого, о возложении бремени доказывания на обвинителя, о недопустимости поворота обвинения к худшему и др. Во-вторых, в отличие от гражданского процесса, в котором суд в основном лишь оценивает материалы, представленные сторонами, роль уголовного суда в процессе в наши дни далеко не пассивна — при определенных условиях он вправе участвовать в собирании и проверке доказательств с тем, чтобы установить по делу *объективную истину*. Это объясняется *публичным* значением интересов, затрагиваемых в уголовных делах.

Состязательный тип уголовного процесса имеет три разновидности, которые он последовательно проходил в своем историческом развитии и которые в той или иной мере продолжают применяться и поныне в различных национально-правовых системах. Это обвинительный, частно-исковой и публично-исковой виды состязательного судопроизводства.

3. Обвинительный вид состязательного процесса

Обвинительный, или аккузационный (от лат. *accusatio* — обвинение), процесс является состязательным, ибо в нем участвуют стороны — обвинитель и обвиняемый, и от того, кто из них одержит верх в споре, зависит приговор суда. Однако эта победа определяется не тем, чьи свидетели были убедительнее, документы точнее, доводы весомее, а тем, соблюдены ли сторонами определенные формальные условия состязания. Последние могут иметь сакральный характер, т.е. сводиться к испытанию «воли Божьей» или «попущения Божьего». Средствами для открытия этой гипотетической воли «свыше» служат различного рода ордалии (испытания обвиняемого и обвинителя огнем, водой, ядом и т.п.), судебный поединок либо присяга и поручительство. Для того чтобы начать такой процесс, достаточно выдвинуть обвинение (поэтому он может именоваться обвинительным) — остальное довершит случай или гладиатор. При более высоком уровне теологической культуры судьи в обвинительном производстве могут также обращаться к религиозным нормам, которые предписывают определенные правила оценки представленных сторонами доказательств. В обществах, где сакральные средства доказывания уже не имеют прежнего веса, в обвинительном процессе следует ожидать применения светских — законодательных либо обычных — правил о силе доказательств, т.е. правил, предписывающих оценивать доказательства по заранее заданным юридическим критериям, известным как система формальных доказательств.

Обвинительный процесс наиболее известен прежде всего из истории раннего европейского Средневековья (время «варварских Правд»), а также эпохи классического феодализма, когда в обиходе был так называемый суд равных, а обычным средством разрешения спора — поединок. Однако следы его находят и в древнейшем прошлом Индии, Месопотамии и т.д. Римский историк Страбон сообщает, что поединок-мономехия был «старым обычаем эллинов»¹. Одним из «старожилов» обвинительного типа судопроизводства (хотя и не совсем в чистом виде) в настоящее время является шаритатский, или мусульманский, процесс.

Итак, обвинительный процесс — это формальная состязательность. Спор сторон здесь происходит, но значение имеют лишь внешние и, по существу, посторонние для дела факторы (физические сила и выносливость соперников, случай, соблюдение обрядности, формы). Этим он отличается от такого состязательного судопроизводства, где решение по делу принимается судьями на основе свободного выбора и внутренне-го убеждения.

4. Исковые виды состязательного уголовного процесса

Исковой процесс предполагает построение обвинения в виде уголовного иска. И.Я. Фойницкий высказывал соображение о том, что «обвинение... есть тот же иск», хотя и «публичный и индивидуальный»². Иск есть понятие конкретно-историческое. Оно отражает определенную ступень социального развития, на которой обществу дано решать свои наиболее острые вопросы путем узаконенной конфронтации заинтересованных сторон. Понятие иска имеет глубокое содержание.

1. Истец в процессе *активен*. Он собирает и представляет доказательства, отстаивает свою позицию в суде, словом, поддерживает обвинение, и процесс движется вперед в первую очередь его усилиями. Этим исковой процесс отличается от обвинительного, где самодеятельность стороны исчерпывается ходатайством о судебной защите. Это, конечно, не значит, что ответчик непременно должен оставаться пассивным наблюдателем действий истца, однако он все же обороняющаяся сторона.

2. Иск в качестве своей единственной и конечной цели предполагает *победу* в судебном споре. Сторона, которую заранее устраивает не только подтверждение, но и опровержение тезиса, выдвигаемого ею в судебном диспуте, не есть истец, а такой процесс не является исковым. Так, в обвинительном суде стороны, обращаясь к сакральным силам, как бы заранее соглашались на их приговор, каким бы он ни оказался. Но тот процесс, в котором в ходу комбатантная фразеология («победа—поражение», «проиграть—выиграть дело»), без сомнения, исковой.

3. Иск есть право лица, его поддерживающего, а не процессуальная обязанность. Это тривиально, если истец — частное лицо. Но даже в том случае, когда иск поддерживается государственными органами, возбуждающими уголовное преследование официально, последние ответственны за поддержание иска лишь в служебном порядке. Суд не может требовать от них обвинительной активности. Не только частный, но и официальный истец вправе в любой момент отказаться от поддержания своих требований, что влечет за собой окончание процесса. Иначе говоря, иск диспозитивен.

¹ Страбон. География: В 17 кн. М., 1879. Т. VIII. С. 33.

² Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 4.

4. Доказательства, представленные сторонами, оцениваются судом по внутреннему убеждению. В обвинительном процессе доказательства по своему содержанию не имеют логического отношения к существу дела, отчего решение, по сути, не зависит от суда — он только регистрирует итог испытаний. Напротив, в исковом процессе *testes ponderantur, non nomerantur* (лат.) — «свидетелей взвешивают, а не считают», иначе говоря, доказательства содержательны, и потому единственный способ их оценить — прибегнуть к внутреннему убеждению судей.

5. Суд обязан приступить к производству по делу лишь в случае предъявления надлежащего искового требования (обвинения). *Nemo nisi accusatus fuerit, condemnari potest* (лат.) — «Никто не может быть осужден без соответствующего обвинения» — одно из важнейших правил состязательности, сформулированное еще Цицероном. В этом исковой порядок совпадает с обвинительным, но представляет собой противоположность розыскному, где только от суда зависит, приступить ли ему к разбирательству.

Вместе с тем уголовный иск существенно отличается от иска гражданского. Содержательные различия гражданского и уголовного исков коренятся в особенностях предмета защиты: в первом случае это защита имущественных и связанных с ними личных неимущественных благ путем их признания или восстановления судом, во втором — защита тех же и ряда других благ и отношений путем привлечения виновных в посягательстве на них к уголовной ответственности. Отсюда вытекают и различия данных двух видов исков по форме. В отличие от гражданского иска уголовный иск обыкновенно распадается на *первоначальное* и *окончательное обвинение*. По уголовным делам установление фактической истины часто осложнено ввиду неочевидного характера преступлений, заpiresательства и противодействия со стороны обвиняемых и т.п. Потому обвинитель не может окончательно сформулировать обвинение в момент первого обращения к суду; он вынужден делать первый шаг, не имея достаточных доказательств, и обращаться к суду за содействием в их собирании. В российском уголовном процессе в качестве аналога первоначального обвинения можно рассматривать постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого, окончательное же обвинение содержится в обвинительном заключении.

Именно из разделения обвинения на первоначальное и окончательное проистекает членение уголовного процесса на досудебное и судебное производство.

Помимо деления обвинения на первоначальное и окончательное, деятельность по поддержанию уголовного иска имеет и другую важную особенность. Сталкиваясь с противодействием, которого естественно ждать со стороны обвиняемого, уголовный истец часто вынужден прибегать к принуждению в целях пресечения преступления, получения доказательств, предупреждения побега подозреваемого (обвиняемого) и т.д. В гражданском судопроизводстве применение принудительных мер также возможно (наложение ареста на имущество, запрета на некоторые действия ответчика), однако конфликт сторон, как правило, не достигает здесь той силы, что в уголовных делах. Более спокойная обстановка дает истцу время на обращение к суду, который только и полномочен принимать решение о применении принуждения, что полностью отвечает принципу равенства сторон в состязательном производстве. В уголовном процессе, имеющем дело с экстраординарным явлением — преступлениями, появляется понятие «неотложная ситуация», когда для предварительного обращения к суду у преследователя объективно нет времени (пресечение преступления,

задержание подозреваемого и т.п.) и он должен действовать сам. У суда при этом сохраняется возможность последующего контроля за законностью предпринятых обвинителем принудительных мер.

Существуют два вида исковой состязательности — частно- и публично-исковая.

5. Частно-исковой состязательный уголовный процесс

Частно-исковой процесс — это вид состязательного судопроизводства, в котором обвинителем выступает частное лицо. Должностные лица (например, представители полиции) также могут быть здесь обвинителями, но их процессуальный статус в этом случае ничем не отличается от статуса частного лица. Частно-исковой процесс не следует путать с обвинительным. Идея равенства сторон в частно-исковом процессе, так же как до этого в обвинительном, еще не вызрела — ее место в общественном сознании занимает лишь *формальное равноправие*, создающее одинаковые стартовые условия для судебного состязания. С этим связан другой признак классического частно-искового судопроизводства, роднящий его с обвинительным процессом, — *бремя доказывания равномерно распределяется между сторонами*, т.е. каждая из них должна равно доказывать утверждаемое ей обстоятельство. Отсюда же вытекает и следующая типичная черта частно-искового производства: каждая из сторон вправе занимать позицию, которую можно определить как «*юридический эгоизм*»: обвинитель собирает только обвинительные доказательства, защита — только оправдательные.

Суд в частно-исковом процессе занимает пассивную позицию, он совершенно не занимается собиранием и проверкой доказательств, всецело предоставляя это сторонам. Его задача более ограниченная — создание условий для спора сторон. Суд лишь оказывает сторонам необходимую помощь в истребовании доказательств и оценивает представленные ими доказательства по своему внутреннему убеждению.

Итак, частно-исковое уголовное судопроизводство юридически можно определить как такой вид состязательности, который характеризуется наличием частного обвинителя, равноправием сторон, равномерным распределением между ними бремени доказывания и пассивной ролью суда в доказывании.

6. Публично-состязательный вид уголовного процесса

Если функцию обвинения начинают выполнять постоянные государственные органы (прокуратура, полиция и т.д.), наделенные для этого специальными полномочиями, то состязательный процесс становится публично-исковым, или публично-состязательным. Публичное начало в деятельности государственных органов при ведении ими уголовного преследования в таком процессе означает, что они действуют, руководствуясь не своим частным усмотрением, а служебным долгом (*ex officio* — лат.). Официальное начало в деятельности обвинителя не препятствует состязательному построению процесса. Ведь несмотря на то, чем руководствуется обвинитель, когда возбуждает уголовное преследование, — официальным или частным принципом, стороны могут пользоваться в процессе равноценными правами, а суд быть от них независимым. Будучи публичным, процесс может оставаться исковым, если отвечает признакам акционарности: активности истца-обвинителя, нацеленного на «победу» в судебном споре, диспози-

тивности распоряжения предметом иска-обвинения в отношениях с судом и т.д. Не случайно такой, безусловно, приверженный публичной идее процесс, как французский, до сих пор исходит из концепции уголовного иска. В публично-исковом процессе официальность действий обвинителя довольно механически соединяется с традиционным, идущим еще из недр обвинительных и частно-исковых видов судопроизводства, противостоянием враждебных друг другу сторон.

Однако данное выше определение публично-искового процесса — лишь первый, поверхностный взгляд на это явление. Публично-исковой процесс, в целом отвечая требованиям искового производства, превосходит частно-исковой порядок по социальному значению. В частно-исковом процессе публичный интерес защищается опосредованно и неоптимально, с заведомыми потерями, через механизм судебной конкуренции формально равноправных, но фактически далеко не всегда равных сторон. Наделение сторон лишь одинаковыми правами объективно создает преимущество не правому, но сильному. Социальные роль и назначение публично-искового порядка, напротив, состоят в том, чтобы упорядочить это «броуновское движение», придать ему большую степень социальности. Это обеспечивается, во-первых, тем, что пострадавшей от преступления стороне государство дает официальную защиту и поддержку, зачастую вовсе заменяя ее в судебном споре. Во-вторых, правонарушитель преследуется обвинителем *ex officio*, по долгу службы, в случае если потерпевший отсутствует, а преступление имеет высокую социальную опасность. В-третьих, публично-исковой процесс старается обеспечить это при помощи *юридических гарантий*. В публичном процессе сторона уголовного преследования, за плечами которой стоит государство, как правило, фактически намного сильнее обвиняемого, даже если последний пользуется помощью защитника. Защите в публично-исковом суде даются права не равные, а несколько увеличенные, с тем чтобы уравновесить в судопроизводстве наступательную мощь ее официального противника. Правда, делается это еще достаточно формально и механически, за счет поддержания слабейшего соперника дополнительными юридическими условиями и гарантиями — так называемыми преимуществами защиты. Среди них наиболее важны презумпция невиновности, толкование сомнений в пользу обвиняемого, возложение бремени доказывания на обвинителя и т.д. Частно-исковое регулирование обеспечивает сторонам паритет лишь «стартовых» условий, совершенно не заботясь о справедливости дальнейшего состязания. Публично-исковой способ пытается исправить этот недостаток за счет выравнивания условий не только для «старта», но и для «финиша». Это до некоторой степени служит гарантией фактического равенства сторон, но именно «до некоторой степени», потому что ограниченные средства, которые публично-исковой процесс в состоянии предоставить слабейшему, имеют пассивно-оборонительный характер.

Итак, если перед нами состязательный процесс, в котором обвинение поддерживается официальными лицами в силу служебного долга, который преследует цель установить объективную истину, но вместе с тем предполагает обвиняемого невиновным, все сомнения толкует в его пользу, а бремя доказывания возлагает на обвинителя — короче говоря, защита наделяется определенными процессуальными преимуществами, — это безусловно публичный порядок производства.

Вместе с тем публично-исковое состязательное производство не является окончательным словом в истории видов уголовного процесса. Со второй половины XX столетия наметилась новая тенденция в его развитии. Это предоставление сторонам

(в первую очередь обвиняемому, защитнику, потерпевшему) не только пассивных гарантий, которые реализуются государственными органами, ведущими процесс, но и ряда активных полномочий. Последние могут быть реализованы сторонами диспозитивно, т.е. по своему усмотрению, не испрашивая каждый раз согласия у публичных государственных органов. К числу таких полномочий относятся: право стороны защиты на самостоятельное собирание доказательств параллельно со стороной уголовного преследования; право потерпевшего участвовать в поддержании обвинения; право сторон на широкое обжалование в суд решений, действий и бездействия органов предварительного расследования и др. Усиление диспозитивного начала проявляется и в возросших возможностях сторон (прежде всего обвиняемого, защитника, потерпевшего и его представителей) по примирению в ходе судопроизводства, заключению между собой соглашений. Все это свидетельствует о том, что публично-исковой уголовный процесс приобретает в современном мире более демократическую и либеральную форму¹.

§ 2. РОЗЫСКНОЙ ТИП УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

1. Понятие розыскного уголовного процесса

Розыскной процесс — это такой порядок производства, когда задачи уголовного преследования, защиты и принятия решений по делу сливаются в компетенции одного государственного органа. Он сам возбуждает уголовное преследование, расследует обстоятельства дела, собирает доказательства, заботится о мерах по обеспечению законных интересов лиц, участвующих в производстве, и принимает все решения по делу. Поэтому самостоятельные *стороны* обвинения и защиты здесь не нужны. Коль нет обвинителя, то не существует как такового обвинения и обвиняемого — вместо них имеются *предмет расследования и подследственный*. В этой связи подобный процесс называют также *инквизиционным* (от лат. *inquisitio* — исследование). Орган расследования не равен подследственному, который для него не субъект правоотношений, а лишь объект управления. Орган расследования (как бы он формально ни назывался: судья, следователь) — единственный и безраздельный «хозяин процесса». Из-за отсутствия сторон не имеет юридического значения и *спор* о предмете дела — двигателем процесса является не спор сторон, а безличная воля, веления закона. Подобный порядок не содержит достаточных гарантий для защиты интересов подследственного, так как эта задача возложена, по существу, на его процессуального противника — *уголовного преследователя*. Розыскной процесс есть применение к производству по уголовным делам методов управления из арсенала административной власти (императивный метод власти—подчинения), в то время как при его состязательном построении используется арбитражный метод (см. о нем § 1 гл. 2 учебника), предполагающий равенство сторон и наличие между ними независимого арбитра — суда. Как уже было сказано выше, в настоящее время розыскной уголовный процесс в чистом виде в мире почти не встречается, однако отдельные его элементы

¹ Более подробно см. об этом: Смирнов А.В. Состязательный процесс. СПб., 2001. С. 221—311.

присутствуют и используются фактически во всех современных уголовно-процессуальных системах.

2. Виды розыскного процесса

Уголовная расправа

Уголовная расправа — первая и элементарная разновидность розыска. Судья здесь не только орган уголовного преследования, но и орган государственного управления. Процессуальная деятельность не отделена от административной, судебная процедура неразвита. Большую роль играет усмотрение судей, формальная система доказательств отсутствует.

Расправа применяется там, где доказывание либо вообще излишне, либо потребность в нем невелика и оно вследствие этого находится в зачаточном состоянии. Из истории можно извлечь следующие ее формы.

А. Общинное дознание. Чаще всего это форма суда в небольших, относительно замкнутых общинах с традиционной организацией. Типичным примером могут служить известные из истории раннеземледельческие общества, полисы-государства, непосредственно вырастающие из родоплеменного строя. Судом здесь обычно является собрание всех или некоторых членов общины (народное собрание, коллегия старейшин, жрецов и т.д.). Заседание суда происходит открыто. Преследование начинается безо всякого формального обвинения — поводом для него служит молва, донос или просто усмотрение самих судей. Обвинитель отсутствует, ибо все преступления внутри небольшого полиса практически очевидны. По той же причине, как правило, нет нужды и в доказательствах. Судопроизводство сводится к решению вопроса, какое наказание назначить виновному. Однако в спорных случаях применяются опрос подсудимого с целью получить от него признание, ордалии или показания под присягой. Характерной чертой является крайняя формальность всей процедуры, которая тесно связана с сакральными представлениями — отправлением культа и колдовством, причем соблюдению процедуры часто придается большее значение, чем самому правосудию. Формальность отличает общинное дознание от всех прочих видов уголовной расправы.

Известный пример подобного судилища — евангельский Синедрион. Этот верховный суд Иудеи состоял из священников, старейшин и книжников. Сам суд являлся обвинителем, «Первосвященники же и *весь синедрион* искали (курсив мой. — А.С.) свидетельства на Иисуса, чтобы предать Его смерти; и не находили» — говорится в Евангелии от Марка (14:55). И хотя суд заслушивает ряд свидетелей, их показания не были найдены им достаточными без признания самого подсудимого. И только после того, как Иисус подтверждает, что он Сын Божий, Синедрион выносит приговор: «Они же сказали: какое еще нужно нам свидетельство? ибо мы сами слышали из уст Его» (Евангелие от Луки, 22:71). Интересно отметить, что многие из членов Синедриона прежде являлись очевидцами проповедей Христа (Евангелие от Луки, 20:1; 22:1 и др.), так что весь процесс являлся для них не средством выяснения фактов, а лишь инструментом осуждения. Вся процедура в Синедрионе имеет формально-сакральный характер. Так, допрос подсудимого первосвященником предваряется неким магическим ритуалом, призванным вызвать подсудимого на откровенность. «И первосвященник сказал Ему: заклинаю тебя Богом живым, скажи нам, Ты ли Христос, Сын

Божий» (Евангелие от Матфея, 26:63). Тем не менее суд Синедриона происходит гласно, что подтверждается свободным доступом на его заседание: «Петр же следовал за Ним (арестованным Иисусом. — А.С.) издали, до двора первосвященникова; и, войдя внутрь, сел со служителями, чтобы видеть конец» (Евангелие от Матфея, 26:58).

Современный аналог общинного дознания можно обнаружить при дисциплинарном производстве о проступках внутри корпораций (вынесение администрацией вопроса о проступке на комиссию по трудовым спорам или в профсоюзный комитет и т.д.).

Б. Вотчинный суд. Это суд землевладельца, пользующегося правом судебного иммунитета, над лично зависимым населением. Было бы не вполне точно отождествлять его с сеньориальным судом. Суд сеньора в феодальной Европе мог быть и «судом равных», где применялись состязательные обвинительные процедуры. Вотчинный суд производился не над вассалами, а над несвободными и полусвободными лицами, подвластными землевладельцу. Обвинитель отсутствовал, а процесс начинался по доносу или усмотрению судьи. Однако вотчинный суд, несмотря на отдельные эксцессы, не всегда являлся устрашающей, пыточной процедурой, как обычно полагают. По крайней мере, в Западной Европе он был неотъемлемой частью феодальной системы, где отношения сословий имели патримониальную форму, связанную с понятиями «дара—от дара», «долга», «верности», отеческо-сыновней фразеологией. Европейский феодализм возник из отношений всеобщей зависимости, и поэтому у всех субъектов феодальных отношений, включая крепостных, были не только обязанности, но и права. Регулятором их был обычай, и нарушение его как крепостным, так и феодалом рассматривалось в качестве преступления и повода для отказа в повиновении. Вотчинный процесс также не был совершенно произвольной процедурой, а следовал обычаю.

В. Уголовно-административная расправа. В отличие от сакрального общинного дознания и патримониального вотчинного суда, уголовно-административная расправа основана, как правило, на административном методе управления, предполагающем непосредственное усмотрение правоприменителя. Она осуществляется в отношении всего населения гражданской или военной администрацией либо специальным полицейским органом и типична для централизованных деспотических государств, жестких оккупационных режимов, использовалась также в качестве средства революционного террора. Процедура здесь произвольна и скоротечна, доказывание обычно ограничивается допросом подсудимого и свидетелей. Таков, например, суд наместников (*praesidio*) римских провинций. Наместник Иудеи Пилат вершит суд на каменном помосте, именуемом Лифостротон, чем, собственно, и исчерпывается здесь вся процедурная часть. Ничем иным, как формой уголовно-административной расправы являлся в советской России суд Всероссийской чрезвычайной комиссии (ВЧК), «судебные тройки» и «особые совещания» 30-х годов.

Г. Военно-полевой суд. Это чрезвычайная судебная процедура в действующей армии, находящейся в походно-боевых условиях, когда предварительное расследование и собирание доказательств не проводятся из-за нехватки времени и опасности со стороны противника. Ее необходимо отличать от военного судопроизводства вообще, которое может иметь другие, в том числе состязательные формы. Разбирательство в военно-полевом суде проводится судьями, часто назначаемыми *ad hoc* (для случая — лат.) из числа офицеров, в отсутствие прокурора и защитника. Виновность подсуди-

мого практически не доказывается. Вместо доказательств используется фактическая презумпция, связывающая виновность с некоторыми особыми обстоятельствами, такими, например, как задержание подозреваемого в тылу, отсутствие при нем оружия и даже проявление в бою малодушия другими членами того же воинского подразделения (при децимации, т.е. казни одного из 10 человек проштрафившегося подразделения в древнеримской и некоторых других армиях). Все доказывание сводится в лучшем случае к формальному допросу подсудимого, после чего следует вынесение решения и немедленное исполнение наказания, чаще всего смертной казни. Подобный вид расправы создает наибольшую угрозу правам человека, ибо суд интересуется не истиной, а устрашение малодушных или подавление беспорядков.

Ассиза

Слово «ассиза» (от позднелат. *assisae*) означает собрание, заседание. Она непосредственно примыкает к общинному дознанию, но отличается от него прежде всего тем, что в суде уже присутствует не только местный (общинный) элемент, но и представительство центральной власти. Ассиза, таким образом, является компромиссом между общинным дознанием и административной расправой. Эту разновидность уголовной расправы иногда еще называют предъявительным, или обвинительным жюри, хотя применение в данном случае слова «жюри», как будет показано ниже, не совсем точно. Суть процедуры состояла в том, что «добрые мужи», представляющие общину, встречали приезжающих из центра судей и объявляли под присягой обо всех преступлениях, совершенных на территории общины, и о подозреваемых в них лицах. Для этого, как и при общинном дознании, доказательства были не обязательны, достаточно было молвы. Вопрос о виновности обычно решался путем применения ордалий, но не поединка, который долго сохранялся в параллельном обвинительном суде (*appeal* в Англии и т.п.). Опыт использования «присяжных, говорящих истину», известен со времен Карла Великого. После распада его империи и ослабления центральной власти он был утрачен. Датские и исландские тинги VII—X вв. весьма напоминали по характеру своей судебной деятельности ассизу. Вместе с норманнами эта форма попала во Францию, Англию и, возможно, в Россию. В Англии первые сведения о подобном суде относятся к эпохе датской экспансии против англосаксов (IX—XI вв.). После норманнского завоевания применение ассиз сделалось еще более регулярным — сначала для разрешения земельных тяжб, а при короле Генрихе II Плантагенете, с принятием Кларендонских конституций 1166 г., — и в уголовном процессе. Первоначально процедура разрешения дел через местных людей походила вполне на розыскной манер — *inquisitio*, или исследование, — в империи франков и *recognatio* (лат.), т.е. раскрытие, дознание — в Англии, где она одновременно именовалась еще и ассизой (*assize*) и только позднее, с переходом к решению вопроса о виновности посредством вердикта присяжных, получила название жюри — *jury* (англ.). Это нашло отражение в выражении: «*Assisa vertitur in juratam*» (лат. «Ассиза превращается в жюри»), которое приписывается самому Генриху II Плантагенету. Итак, ассизу не вполне корректно отождествлять с жюри, так как в последнем присяжные из обвинителей превращаются в судей, а процесс благодаря этому поворачивается лицом к состязательности. Именно ассизы через жюри выросли впоследствии в английский суд присяжных. В России формой, весьма напоминающей ассизу, являлся *извод* с участием 12 судных мужей, а затем *сыск* с применением так называемо-

го *повального обыска*, т.е. опроса судьями-обыщниками многих местных людей по поводу виновности обвиняемого (ст. 160—166 гл. X Соборного уложения 1649 г.).

В настоящее время остатки ассизы можно обнаружить в институте большого жюри (*grand jury* — англ.) в англо-американском уголовном судопроизводстве. Оно может осуществлять публичное обвинение (*presentment* — англ.), т.е. непосредственно, без предварительного исследования и жалобы, предать обвиняемого суду за лично известное ему преступление.

Инквизиционный процесс

Хотя латинский термин «*inquisitio*» в переводе означает «исследование», а значит, этимологически близок понятию «розыск», семантически понятие «инквизиционный процесс» в узком смысле слова ассоциируется с наиболее odioзной исторической разновидностью европейского розыскного процесса XV—XVI вв., периода становления абсолютизма. Имея общий для любого розыскного порядка признак — слияние функций уголовного преследования и юстиции в единую функцию розыска, инквизиционная процедура отличается от уголовно-административной расправы. Во-первых, тем, что суд отделен от администрации, но, с другой стороны, и ответствен перед ней. Благодаря этому верховная государственная власть может публично спросить с судей за неправильные решения, сама оставаясь незапятнанной. Однако функция розыска остается недифференцированной, т.е. предварительного судебного следствия еще не существует, а все вопросы решаются непосредственно в судебном разбирательстве при полном составе суда. В этом еще видна историческая связь такого процесса с обвинительным порядком. Отсюда же остатки былой открытости судопроизводства, которое хотя и не всегда может быть названо гласным, но все-таки допускает участие частного истца (челобитчика), присутствие в судебном заседании подсудимого, а иногда наличие в составе суда народного элемента в лице заседателей-шеффенов, и непосредственность исследования доказательств. Во-вторых, инквизиционный процесс, в отличие от расправы, законодательно достаточно подробно урегулирован. Это качество также изначально вытекает из первого признака — отделения суда от верховной власти, которая в период исполнения судебных функций не стесняла себя никакими регламентами, но, уйдя из суда, оставила взамен инструкцию-закон. Усмотрение судьи сводится к минимуму, а его действия определяются нормативными правилами. Господствует формальная (легальная) система доказательств в ее наиболее грубом и суровом облики, ибо за основу доказывания принимается признание подсудимого, полученное под пыткой. Это пыточное доказывание в России весьма красноречиво называли «вымучиванием». Особая ценность признания под пыткой, этой, по выражению Ч. Беккариа, «победительницы невинности», признается во всех инквизиционных законах. Если после пытки обвиняемый отказывался от своих показаний, вырванному у него признанию все же отдавалось предпочтение. Подобную разновидность формальной системы доказывания еще именуют *позитивной* на том основании, что при наличии доказательств определенного вида (так называемое полное доказательство, коим обычно и является признание под пыткой) вопрос о виновности должен быть обязательно разрешен положительно. Если же отсутствует «полное» доказательство, но имеется набор иных, «неполных» доказательств виновности, подсудимого все равно могут осудить, хотя, как правило, менее строго. Иначе говоря, все сомнения в таком процессе толкуются в пользу вывода о виновности.

Как и его коллега в обвинительном процессе, при инквизиционном порядке судья являлся в основном регистратором событий. Однако, в отличие от обвинительного, инквизиционный суд — не нейтральный наблюдатель, а орудие единой публичной политики, проводимой в законе. Когда такой судья регистрирует факты, его пером движет не случай, а «длань государева», отпечатком которой является закон. Поэтому инквизиционный процесс есть политическая разновидность розыска. Его историческая миссия состояла в укреплении средствами юстиции централизованного государства, сменяющего устаревшую феодальную систему. Инквизиционный процесс исторически зафиксирован лишь в Европе, Азия же всегда довольствовалась в сфере розыскного процесса уголовной расправой. Инквизиционное нормотворчество может быть представлено ордонамсом французского короля Людовика XII (1498) и эдиктом Франциска I (1539), Уголовно-судебным уложением «Священной Римской империи германской нации» (Каролина), принятым в 1532 г. В России источником норм судопроизводства, наиболее близкого к инквизиционному, явилось петровское «Краткое изображение процессов или судебных тяжб» (1715). Оно обнаруживает большее сходство с Каролиной (наличие истца и ответчика, непосредственность исследования доказательств, применение пытки и т.д.), чем с законодательными актами «просвещенного века». Что касается более ранних русских актов XVI—XVII вв., то они фиксируют не инквизиционный розыск, а старейшие его модификации, такие, как уголовно-административная расправа и ассиза («сыск» через губных старост и наместников по Судебнику 1550 г., «обыщиков» по Соборному уложению 1649 г.).

Следственный процесс

Следственный процесс можно охарактеризовать как бюрократический вид розыскного судопроизводства. Рациональность, безличность, строгая регламентированность процедуры, преобладание формы над содержанием, ограниченность ответственности — все эти признаки бюрократии в полной мере присущи такому порядку производства. В нем впервые в истории уголовного процесса появляется официальное предварительное следствие как способ рационализации подготовки дел для судебного заседания (отсюда название — следственный). Предварительную подготовку дела ведет один из членов суда, выступающий при этом в роли следственного судьи. Он в качестве полномочного представителя суда выполняет все необходимые следственные действия. Ввиду этого суд в последующем заседании получает возможность разрешать дело не только без вызова свидетелей, но и в отсутствие самого подследственного. Это порождает бумажность, письменность, безличность судебной процедуры, опосредованность исследования доказательств. В то же время пытка в следственном процессе, исторически приходящемся в Европе на период просвещенного абсолютизма, упраздняется, что сильно осложняет формальное доказывание. Следственный процесс тщетно пытался закрыть эту брешь путем детальной регламентации доказательств, введения их подробнейшей классификации по юридической силе и значению. Закон и труды ученых-юристов, в которых получает развитие формальная доказательственная система, кажется, намерены охватить ее казуистическими путями все мыслимые жизненные ситуации. Можно сказать, что легальная система доказательств была для следственного процесса своего рода «магическим кристаллом», с помощью которого он пытался открыть истину правосудия. Этот вид процесса был продуктом «разумного века», верившего в возможность построения миропо-

рядка, управляемого единственно просвещенной волей. Однако материальная истина ускользала из суда, ибо поставленная задача — заранее учесть все возможные варианты познания в такой сложной и многогранной сфере, как правосудие, — была для него совершенно непосильной. Поэтому фактически вместо материальной истины следственный суд вынужден был довольствоваться истиной формальной. Из регистратора полученных под пыткой фактов (каковым был его инквизиционный предшественник) он превращался в счетчика, складывающего дробь неполных доказательств для получения доказательства полного. Однако при этом следственный суд не нес никакой ответственности за результаты этих арифметических упражнений. Если при сложении дробей у него получалась единица (полное доказательство), судья был удовлетворен, впрочем, как и в том случае, когда полного доказательства суд не получал. В последнем случае подозреваемого положено было оправдывать (так называемая *негативная система* формальных доказательств).

Следственный процесс осуществлялся по твердым и досконально разработанным правилам, а за личностью в нем признавались некоторые права (например, на участие в ходе производства по делу сословных представителей и т.п.). Он отражал уже не только интересы государства, но и потребности гражданского общества, нарождающегося под опекой просвещенного абсолютизма, — прежде всего в стабильности и предсказуемости правоотношений. Следственный процесс объективно подготавливает почву для перехода к публично-исковой состязательности.

В числе законодательных памятников этой разновидности розыскного судопроизводства следует, в первую очередь, назвать немецкие и австрийские уставы XVIII — начала XIX вв., в частности Баварское уложение 1813 г. — труд Ансельма Фейербаха. В России их примеру следовал Свод узаконений Российской империи 1832, 1842, 1857 гг. издания (2 кн. XV тома). Промежуточное положение между инквизиционным и следственным процессами занимает Большой уголовный ордонанс Людовика XIV во Франции (1670), который уже предусматривал предварительное следствие, но сохранял еще позитивную систему формальных доказательств и даже применение пытки.

Судебный приказ

Этот термин мы применяем для обозначения современной формы существования розыскного производства. Сфера ее применения ограничена делами о правонарушениях, не представляющих большой общественной опасности, т.е. об уголовных проступках, и не охватывает производство о преступлениях. Это периферия уголовного судопроизводства, граничащая с административным процессом, поэтому применение административного метода регулирования, характерного для процедур розыскного типа, здесь может быть уместно и целесообразно. Отличительным признаком судебного приказа является его подчиненное положение по отношению к состязательности. Приговор в порядке судебного приказа сохраняет обязательную силу, как правило, лишь при согласии на то обвиняемого, в качестве добровольной альтернативы состязательному разбирательству, что является гарантией против ущемления прав личности. При отказе обвиняемого от этой процедуры применяется обычное производство. Судебный приказ — разновидность ускоренного и упрощенного, или *целерантного* (от лат. *celerantes* — быстрый, стремительный), судопроизводства¹.

¹ Подробнее об этом см. гл. 23 учебника.

Это наиболее простая форма, причем простота достигается именно за счет применения розыскных начал: отсутствие сторон, устности и непосредственности исследования доказательств. Сущность производства в порядке судебного приказа состоит в том, что судья по представленным материалам, без вызова сторон и свидетелей, вне судебного разбирательства рассматривает дело об уголовном правонарушении и выносит решение (приказ), который становится обязательным для исполнения лишь после того, как с ним согласится обвиняемый. Примером производства в порядке судебного приказа можно считать немецкое «производство об издании приказа о наказании» (гл. I кн. VI УПК ФРГ). От судебного приказа следует отличать еще одну целерантную несостязательную форму — так называемый штраф по соглашению. Налагается штраф прокурором, обычно по делам о малозначительных преступлениях (исключение — Нидерланды, где подобная процедура применима по делам о преступлениях, за которые предусмотрено наказание до 6 лет лишения свободы) и только после проведения расследования, когда дело готово для передачи в суд. Если обвиняемый не согласен на уплату штрафа, дело передается в суд в обычном порядке. Например, в Шотландии, где этот порядок применяется довольно давно, 97% граждан в сельских районах и 55% в городских соглашаются уплатить такой штраф и соответственно уплачивают его в 98 и 66% случаев¹.

¹ См.: Несудебные формы разрешения правовых споров в СССР и Великобритании // Сов. государство и право. 1990. № 12. С. 129—130.

§ 1. ПОНЯТИЕ ПРИНЦИПОВ СУДОПРОИЗВОДСТВА

Семантические принципы — это руководящие идеи, основные правила деятельности. Поскольку право — это, в сущности, общеобязательные требования справедливости, то правовые принципы есть не что иное, как *мера справедливости в праве*. Закон легитимен, т.е. имеет правовое содержание, постольку, поскольку он отвечает принципам права. Они не просто юридические идеи, а объективно необходимые общеобязательные критерии справедливого и должного в праве. Какое-то время они присутствуют в праве неявно, не будучи теоретически осознаны и как бы растворяясь во множестве норм — как законодательных, так и обычных. Однако по мере развития права и роста правосознания принципы вычленяются из правовой материи в качестве определенных юридических идей, а с развитием юридической техники могут закрепляться в законе (как правило, при его кодификациях) в виде отдельных правовых предписаний. Получив подобное признание, они обретают относительную самостоятельность и начинают служить своего рода барометром при изменениях текущего законодательства и компасом для дальнейшего формирования права. Итак, принципы права, во-первых, могут индуктивно выводиться из некоего множества норм, а во-вторых (более развитая форма), существовать в качестве нормативных предписаний, закрепленных в специально посвященных им статьях законодательных актов.

Принципы состязательного судопроизводства подчиняются строгой логике. Они взаимосвязаны и составляют единую иерархическую систему. Эта система является элементом еще более общей системы права, а также общесоциальной системы, испытывая на себе через них влияние общеправовых и социальных условий. Однако именно потому, что они составляют систему, не все принципы абсолютно равнозначны. Есть универсальные типологические начала, непосредственно составляющие самую сущность состязательности. Они насквозь пронизывают всю ткань судопроизводства, контролируют все его институты, и поэтому отступление от них всегда делает процесс несостязательным. Такими *началами-максимами*¹ являются равенство сторон и наличие независимого суда. Без них никакое справедливое состязание попросту невозможно. Но есть и другие принципы, меньшей степени общности, которые производны от начал-максим. Сфера их приложения относительно ограничена — они управляют не всеми институтами судопроизводства, а только теми, которые к ним непосредственно относятся. Их поэтому можно охарактеризовать как *институционные* принципы судопроизводства. Благодаря такой дифференциации эти принципы вступают в сложные взаимоотношения как между собой, так и с принципами-максимами, накладываясь друг на друга и усиливая либо ослабляя свое действие. В результате в законодательстве возможны отдельные отступления от их общих требований, представляющие собой уступки другим, более приоритетным в том или ином отношении принципам. К числу институционных в состязательном уголовном судопроиз-

¹ Принципы-максимы выделяют среди принципов уголовного судопроизводства также некоторые немецкие процессуалисты, например, проф. В. Бойльке, см.: *Жалинский А., Рёрихт*. Указ. соч. С. 712.

водстве относятся следующие принципы: очности процесса и непосредственности исследования доказательств, свободной оценки доказательств, устности, гласности, недопустимости повторного уголовного преследования за одно и то же деяние, истины, неприкосновенности личности.

Самостоятельное значение в уголовном процессе имеет и принцип *публичности*. Так же как и законность, он имеет общеправовое содержание, не будучи напрямую связан с состязательным построением судопроизводства. Однако его значение для уголовного процесса является определяющим, в связи с чем рассмотрение системы принципов начинается именно с этого принципа. К принципу публичности тесно примыкает такое важное общеправовое начало, как принцип объективной истины. Так же, не вытекая из понятия состязательности, этот принцип происходит от самого понятия правосудия, т.е. судопроизводства «правильного», основанного на истине и законе.

Особое положение в уголовном судопроизводстве занимает *принцип законности*. Он не стоит в одном ряду с другими принципами судопроизводства, ибо представляет собой общеправовое начало. Вместе с тем, кроме общеправового содержания, принцип законности имеет и свою процессуальную сущность. Она состоит в том, что законной считается только такая судебная процедура, которая в целом отвечает требованиям названных выше принципов состязательного процесса, и в первую очередь таким началам, как равенство сторон и независимость суда. В этом сугубо процессуальном смысле понятие законности совпадает с требованием справедливой (должной) судебной процедуры. Поскольку законность в этом смысле является как бы результирующим вектором действия всех принципов состязательности, она рассматривается нами после всех прочих принципов, что не умаляет, а только подчеркивает важнейшую роль этого начала в уголовном процессе (см. § 13 настоящей главы).

Как можно заметить, мы не называем среди принципов процесса состязательность, ибо она является общей целью действия всех принципов уголовного процесса и именно через них проявляет себя в полном объеме. Состязательность — это не принцип, а тип судопроизводства, поэтому все принципы процесса, которые будут описаны ниже, имеют состязательное содержание или испытывают его влияние.

§ 2. ПУБЛИЧНОСТЬ

Уголовный процесс имеет ярко выраженный публичный характер. Во-первых, потому, что он как совокупность правовых норм принадлежит к публичным отраслям права, т.е. отраслям, регулирующим деятельность государственных органов и их взаимоотношения с гражданами.

Во-вторых, уголовное преследование и обвинение преступников и преступлений рассматривается прежде всего как *публичная* (т.е. исходящая из общественных, а не частных интересов) задача государства в лице прокуратуры и органов предварительного расследования. Они обязаны возбуждать уголовные дела, раскрывать преступления и изобличать виновных в каждом случае обнаружения признаков преступления (ч. 2 ст. 21 УПК), независимо от того, просит ли об этом заинтересованная сторона, т.е. в силу служебного долга, или *ex officio* (лат.) — официальным порядком. Участие государственного обвинителя в судебном разбирательстве уголовных дел публичного и частно-публичного обвинения обязательно (ч. 2 ст. 246).

Публичность проявляет себя и в том, что государственные органы, ведущие уголовный процесс (следователь, дознаватель, суд), а также адвокатура обязаны *обеспечивать права* лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве. Так, публичная роль суда состоит в бережном поддержании справедливого равновесия спорящих сторон, в создании необходимых условий для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав (ч. 3 ст. 15). Права участников процесса не предполагаются, а разъясняются: «Суд, прокурор, следователь, дознаватель обязаны разъяснять подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, а также другим участникам уголовного судопроизводства их права, обязанности и ответственность и обеспечивать возможность осуществления этих прав» (ч. 1 ст. 11). Должностные лица государственных органов — участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения, несмотря на выполняемую ими функцию уголовного преследования, не освобождены от выполнения при расследовании преступлений и судебном разбирательстве уголовных дел конституционной обязанности по защите прав и свобод человека и гражданина, в том числе от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, иного ограничения прав и свобод¹.

Подозреваемому и обвиняемому обеспечивается право на защиту, которое они могут осуществлять лично либо с помощью защитника или законного представителя (ст. 16), причем в ряде случаев участие защитника обязательно (ст. 51). Адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого (ч. 7 ст. 49). Публичность судопроизводства выражается также в обеспечении свободного доступа граждан (прежде всего потерпевших) к правосудию и в праве обвиняемого на начало судебного разбирательства по его делу в разумные сроки.

Публичный подход к уголовному преследованию и обеспечению прав участников судопроизводства порождает публично-состязательную (публично-исковую) разновидность состязательного процесса. В то же время УПК РФ предусматривает и производство по делам частного обвинения у мирового судьи (гл. 41), где обвинительная деятельность осуществляется частными лицами (потерпевшим или его представителем). Однако было бы неверно полагать, что публичность здесь полностью отсутствует, поскольку правообеспечительная деятельность судом и защитником осуществляется в полной мере. Более того, публичная роль мирового судьи проявляется и в том, что он от имени государства принимает меры к восстановлению *общественного (публичного) мира*, к примирению сторон (ч. 4—6 ст. 320). Однако восстановление общественного мира является публичной целью уголовного судопроизводства не только в мировом суде. Примирение сторон так или иначе допускается и при производстве по делам публичного и частно-публичного обвинения (ст. 23, 25, ч. 1 ст. 28).

В этом же направлении ориентирует и опыт ряда развитых стран (Англии, США, Австралии, Японии и др.) в сфере так называемого альтернативного разрешения споров (*alternative dispute resolution* — англ., *викай, шотей* — яп.). Сущность альтернативных уголовной или гражданской юстиции методов решения дел заключается в отказе от ведения судебного состязания, взамен которого с разрешения и с участием

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 29.06.2004 г. «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы».

государственного органа (судебного или уголовного преследования) используются различные неконфликтные и примирительные процедуры. Наиболее яркой формой альтернативы служит *медиация* (mediation). Нарушитель уголовного закона и потерпевший с разрешения органа уголовного преследования или суда пытаются разрешить конфликт в рамках медиационного соглашения, прибегая к посредничеству третьих лиц. Необходимым условием применения медиации является наличие убедительных доказательств виновности, ее признание правонарушителем, а главное, готовность обеих сторон к примирительной процедуре. На основе примирительного соглашения при соблюдении ряда условий может быть вынесено решение о прекращении уголовного дела¹.

Таким образом, предметом публичного начала являются: а) уголовное преследование; б) правообеспечительная деятельность; в) примирительная деятельность в уголовном процессе по восстановлению общественного (публичного) мира.

§ 3. ОБЪЕКТИВНАЯ ИСТИНА

Это принцип публичного уголовного процесса. Частно-исковое производство, в противовес публичному, не слишком нуждается в истине, ибо рассчитано на общественного субъекта, которого интересует в первую очередь собственное «Я». Наивысшая ценность для частного-искового процесса — решение не истинное, а устраивающее обе стороны. Главной целью такого суда является сохранение в обществе «мира», так же как для предшествовавшего ему обвинительного процесса было характерно стремление предотвратить общественное «смятение». Однако частно-исковой способ судебного разбирательства, в отличие от своего «предка», пытается сохранять «приличия». Он не заменяет правду случайностью, а утверждает, что знает истину. Однако для него это не «грубая» истина факта, а истина формально-юридическая или, по крайней мере, наиболее правдоподобное изложение фактов. Частно-исковой процесс полон юридических фикций (презумпции, сделки). *Fictio est contra veritatem, sed pro veritate habetur* (лат.) — фикция противостоит истине, но фикция признается за истину. Вместе с тем нельзя категорически утверждать, что частно-исковой процесс совершенно чуждается истины. Как пишет профессор Мичиганского государственного университета У. Бернам, касаясь особенностей состязательного процесса США (частно-искового по своей типологии), «трудно представить себе дело, в котором стороны сообща не имели бы стимула к выявлению и представлению суду всей информации, действительно относящейся к решаемому вопросу»². Установление фактов такими, какие они есть, для такого процесса все же более предпочтительно, чем подмена их лукавой игрой презумпций. Однако этот интерес к истине факта не стоек, не принципиален. Альтернатива — истина или фикция — обычно решается в пользу последней. Дефицит средств познания, связанный с отсутствием предварительного расследования, эгоистической природой частного интереса, вынуждает допустить использование в процессе формальных средств, приводящих

¹ См.: Головки Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном английском праве // Правоведение. 1998. № 3. С. 108—113.

² Бернам У. Правовая система Соединенных Штатов Америки. М.: РИО «Новая юстиция», 2006. С. 221.

к формальной, или юридической, истине. Так, дореволюционные российские авторы И.В. Михайловский, Н.Н. Розин считали, что состязательному процессу, который они фактически понимали как частно-исковую процедуру, не может быть свойственно неограниченное стремление к материальной истине, что здесь уместно говорить лишь об истине юридической, а вместо требования безусловного установления фактов такими, какие они есть, действует «принцип доказанности обвинения»¹. Подобная точка зрения в последнее время получила своих сторонников и в нашей современной процессуальной литературе, которые отказываются видеть то, что она применима лишь к частно-исковой разновидности судопроизводства².

Иное дело, когда процесс достигает публичной степени зрелости. Здесь действует уже другой принцип: *fictio cedit veritati* (лат.) — фикция уступает истине, или фикция не имеет силы, когда ей противостоит истина. Публичность правосудия, понимаемая как открытость процесса, нуждается не в формально-юридической, но в материальной, или объективной, истине. Точное знание фактов такими, какие они есть, позволяет более тонко регулировать общественные отношения, экономить уголовную репрессию, сокращать социальные издержки, неизбежные при функционировании механизма судопроизводства. Все это, в конечном счете, поднимает социальное значение правосудия.

Поскольку российский уголовный процесс имеет ярко выраженный публичный характер, он объективно не может устраниваться от цели установления по делу истины, причем в первую очередь истины объективной, или, как ее еще называют, — *материальной*, а не формальной. Принцип объективной истины сохраняет в нем свое значение. Так, согласно ч. 4 ст. 152 «предварительное расследование может производиться по месту нахождения обвиняемого или большинства свидетелей в целях обеспечения его *полноты, объективности*» (курсив мой. — А.С.). В части 2 ст. 154 сказано: «Выделение уголовного дела в отдельное производство для завершения предварительного расследования допускается, если это не отразится на *всесторонности и объективности* предварительного расследования и разрешения уголовного дела». В части 6 ст. 340 говорится: «Стороны вправе заявить в судебном заседании возражения в связи с содержанием напутственного слова председательствующего по мотивам нарушения им *принципа объективности* и беспристрастности». Но требование объективности, всесторонности и полноты исследования обстоятельств дела — это и есть содержание принципа объективной истины³.

Опасение, что требование достижения объективной истины в судопроизводстве сделает суд сторонником следователя и прокурора, которые также должны стремиться к установлению истины по делу, само по себе напрасно, так как каждый из этих участников процесса добивается истины своими специфическими методами, ограни-

¹ Михайловский И.В. Основные принципы организации уголовного суда. Томск, 1905. С. 93; Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство. СПб., 1914. С. 303.

² См.: Состязательное правосудие. Труды научно-практических лабораторий. Ч. I. М., 1996. С. 236—240, 278—281; Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов-н/Д, 1999. С. 34—37; Радутная Н.В. Современное уголовное судопроизводство и его влияние на правовые воззрения юристов // Российское правосудие. 2006. № 4. С. 53—57 и др.

³ См.: Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. С. 46.

ченными выполняемой им процессуальной функцией. Так, суд как носитель функции правосудия должен *стремиться* к установлению истины прежде всего путем создания в процессе необходимых условий для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, а также посредством оценки доказательств по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности всех имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью (ч. 1 ст. 17 УПК). То обстоятельство, что объективная истина есть цель доказывания, вовсе не препятствует рассмотрению этого понятия и в качестве принципа процесса, ибо когда мы говорим о данной цели, то имеем в виду предпочтительный результат процессуального познания, а когда о принципе — подразумеваем обязанности, которые должны выполнять (каждый по-своему) суд и другие официальные участники процесса во имя достижения этой цели. Проще говоря, объективная истина — цель отвечает на вопрос «что?», а объективная истина-принцип отвечает на вопрос «как?».

Но *что есть истина?* Этот вопрос задается в уголовном суде от Понтия Пилата до наших дней. Если истина — это соответствие наших знаний реальной действительности, то судить об этом соответствии мы можем только посредством своего внутреннего убеждения. Обоснованное убеждение в истинности знания есть достоверность. «Истина... в уголовном процессе выражается в достоверности (уверенности), что такой-то факт существует или не существует», — писал классик французского уголовного процесса Фостэн Эли¹. «Фактической достоверности не существует объективно — она есть только известное состояние нашего убеждения», — считал Л.Е. Владимиров². Слово «достоверный» значит верный, не вызывающий сомнений. Итак, достоверность — впрочем, так же как и вероятность, — это лишь *представление об истине* в нашем сознании, характеристики доказательности знания, и потому, на наш взгляд, не прав М.С. Строгович, считавший, что «достоверность — это то же самое, что истинность. То, что достоверно, то и является истинным, так как находится в соответствии с действительностью»³.

Где же искать критерий достоверности, мерило того состояния убеждения, которое мы принимаем за истину? Таким критерием может быть только опыт, практика, ибо ничего другого для суждения об истине в распоряжении человека нет. Если мы не можем отыскать ни единого исключения из имеющегося в нашем распоряжении опыта, наш вывод должен считаться достоверным. Причем имеется в виду весь наличный опыт, включая прежде всего добытые по делу доказательства, а также заимствованные познания, в том числе знание закономерностей окружающей действительности, опыт, зафиксированный в правилах логического мышления. Но поскольку объем опыта у разных людей не одинаков, то что достоверно для одного человека, другому может показаться недостаточно убедительным. Поэтому в судопроизводстве значение имеет не столько индивидуальный, сколько общественный опыт. Именно отсюда проистекают стадийность и инстанционность процесса, а также необходимость не просто познания, но особого удостоверительного познания, т.е. доказывания фактов. Нормы

¹ *Hélie. Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle. En 3. Vol. V. I. Bruxelles, 1863. P. 5.*

² *Владимиров Л.Е. Суд присяжных. Харьков, 1873. С. 99; Он же. Учение об уголовных доказательствах. Тула : Автограф, 2000. С. 41.*

³ *Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. М., 1955. С. 33—39.*

доказательственного права служат в судопроизводстве одним из важнейших средств приведения индивидуального опыта к общественному стандарту.

Следуя относительному опыту, достоверность также относительна и не исключает вероятности. Фостэн Эли писал по этому поводу: «Человеку не дано достигать абсолютной достоверности; он должен удовлетворяться относительной достоверностью, которую он достигает только через все страсти и все свои несовершенства»¹. Достоверность и вероятность, конечно, противоположности, однако противоположности диалектические — не противоречия, а дополнения. Вероятность дополняет достоверность, которая постоянно несет в себе абстрактную, скрытую возможность иного вывода — ведь объем подтверждающего достоверность опыта всегда ограничен. Поэтому питавший в свое время бурные теоретические дискуссии² вопрос о том, что является целью судебного познания — достоверность или вероятность, поставлен не вполне корректно. Любой достоверный вывод одновременно является и вероятностным. Вот только вероятность при этом не конкретно практическая, а абстрактная. Достоверности страшна лишь практическая вероятность, т.е. вероятность, основанная на конкретных, добытых по делу данных и общепризнанных закономерностях.

Так, например, несколько свидетелей защиты — сослуживцы подсудимого — подтверждают в суде его алиби, а именно то, что в момент совершения преступления (разбойного нападения) он находился на службе. Никаких доказательств заинтересованности этих свидетелей в исходе данного дела, влияния на них подсудимого или иных лиц в целях склонения к даче ложных показаний не представлено, существенные противоречия в показаниях свидетелей отсутствуют. Абстрактно можно предположить, что свидетели все-таки выгораживают подсудимого из корпоративной солидарности, чувства симпатии к нему или антипатии к правоохранительным органам и т.п. Однако поскольку каких-либо конкретных данных, которые указывали бы на эти обстоятельства, не добыто, то вывод об алиби обвиняемого следует считать достоверным.

Достоверным является вывод, в отношении которого не возникает *разумных сомнений*³, т.е. отсутствуют какие бы то ни было исключения из индивидуального и общественного практического опыта, находящегося в распоряжении субъекта познания.

Итак, достоверные знания имеют для нас значение объективных истин. При этом используются такие понятия, как «оценка» и «внутреннее убеждение». Именно внутреннее убеждение субъекта принятия процессуального решения — в первую очередь суда, созревающее в результате оценки доказательств, субъективно отражает наступление момента истины.

Однако состязательность благоприятствует достижению истины (вспомним: «в споре рождается истина») не любой ценой, а лишь в тех пределах, ради соблюдения которых и создан состязательный процесс. Истина, добытая вне судебного состязания

¹ *Hélie. Traité de l'instruction criminelle, ou Théorie du Code d'instruction criminelle. V. II. P. 311.*

² *Тадевосян В.С.* К вопросу об установлении материальной истины в советском процессе // Сов. государство и право. 1948. № 6; *Строгович М.С.* Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. С. 19 — 158, и др.

³ В английском процессе для обозначения критерия доказанности обвинения используется выражение: «вне разумного сомнения» (*beyond a reasonable doubt*). По существу, это требование достоверности, а не вероятности.

зания либо в условиях, когда стороны были поставлены в заведомо неравное положение, считается нелегитимной, запретной. Степень ограничений на средства и способы достижения истины различается в зависимости от вида состязательности. В частно-исковом процессе, где познавательные возможности суда лимитированы узкими рамками судебного заседания, истина очень часто предстает в формально-юридической оболочке. Публичный состязательный процесс, как мы сказали, напротив, предпочитает материальную (объективную) истину, однако и он отдает определенную дань формальным средствам доказывания. К их числу относятся: а) презумпции; б) преюдиции; в) формальные соглашения; г) правила об исключении доказательств. О них будет подробно рассказано в § 7 гл. 7 учебника. Здесь же необходимо лишь заметить, что существование в российском уголовном судопроизводстве формальных средств установления обстоятельств дела свидетельствует о сохранении в нем определенного места для формально-юридической истины. Однако она имеет подчиненный характер по отношению к объективной (материальной) истине. Формальная истина занимает свое место в процессе только тогда, когда: а) материальная истина объективно не может быть установлена, несмотря на принятие всех необходимых следственных и иных предусмотренных законом действий, либо б) требование материальной истины снимается в установленных законом случаях по соглашению сторон или ввиду предписаний закона считать истинными выводы ранее состоявшегося по делу решения.

§ 4. РАВЕНСТВО СТОРОН И НЕЗАВИСИМОСТЬ СУДА

Как уже говорилось выше, всякое состязание, в том числе и судебное, предполагает наличие сторон. Условия справедливого состязания требуют, чтобы стороны находились в одинаковых «весовых категориях», т.е. были приблизительно равны; в противном случае состязание превратится в свою противоположность — уголовную расправу. Причем речь идет именно о равенстве, а не о формальном равноправии, которого достаточно для создания условий справедливого противоборства только тогда, когда стороны не только юридически, но и фактически равны между собой. Если же изначально стороны обладают существенно разными возможностями, они должны быть снабжены и разными правами, которые в этом случае уравнивают суммарные позиции сторон. Поэтому в публично-исковом производстве, где спорят государство и личность, на стороне последней находится так называемое *favor defensionis* (лат.) — преимущество защиты. Стоит ли теперь удивляться, что процессуальный статус государственного уголовного преследователя во многом не совпадает со статусами обвиняемого и защитника? Даже в судебном заседании, где стороны имеют внешне тождественные права по представлению и исследованию доказательств, заявлению ходатайств, высказыванию мнений и выступлению в судебных прениях, в целом их процессуальное положение далеко не совпадает — ведь бремя доказывания, как правило, лежит на обвинителе, а все сомнения толкуются в пользу обвиняемого. В статье 244 УПК данный принцип сформулирован как «равенство прав сторон». Согласно этой норме «в судебном заседании стороны обвинения и защиты пользуются равными правами на заявление отводов и ходатайств, представление доказательств, участие в их исследовании, выступление в судебных прениях, представление суду

письменных формулировок по вопросам, указанным в п. 1—6 ч. 1 ст. 299 настоящего Кодекса, на рассмотрение иных вопросов, возникающих в ходе судебного разбирательства». Однако следует иметь в виду, что Конституция РФ требует, чтобы не только судебное заседание, но и *все судопроизводство* осуществлялось «на основе состязательности и равноправия сторон» (ч. 3 ст. 123).

Принцип равенства сторон — это требование предоставить им в процессе *равно- великие* возможности по отстаиванию своих прав и законных интересов. Представляется, что нарушение принципа равенства сторон может иметь место в следующих случаях:

- применение одной из сторон к другой (как правило, к обвиняемому или подозреваемому) физического или психологического принуждения без законных и достаточных оснований, а также применение таких методов следствия, которые могут нарушить ее способность к правильным суждениям и принятию адекватных решений;

- прямое введение должностным лицом или государственным органом, ведущим процесс, в заблуждение одной из сторон или иных участников судопроизводства относительно их прав, а также умолчание о них там, где без разъяснения прав невозможно обеспечить реальное равенство сторон;

- нарушение права обвиняемого (подозреваемого) на защиту;

- нарушение права обвиняемого (подозреваемого) пользоваться языком, которым он владеет, и помощью переводчика;

- нарушение требований презумпции невиновности (возложение бремени доказывания на обвиняемого);

- проведение судебного разбирательства в отсутствие обвиняемого, если им в предусмотренных законом случаях не заявлено ходатайство о заочном рассмотрении дела;

- предоставление другой стороне не предусмотренных законом льгот и преимуществ (например, предоставление преимущества стороне обвинения путем необоснованного продления сроков предварительного расследования, содержания обвиняемого под стражей; возвращения дела судом для проведения дополнительного расследования и т.п.);

- неправомерное лишение той или иной стороны ее прав или ограничение ее в каких-либо правах. Примерами могут служить: нарушение права обвиняемого на судебное разбирательство в разумные сроки¹; незаконное лишение сторон (обвиняемого, защитника, потерпевшего и т.д.) возможности непосредственно знакомиться с требованиями и доказательствами, представляемыми в суд ее процессуальным противником, а также принимать участие в их непосредственном судебном исследовании (например, постановление приговора на основании протоколов допросов свидетелей, не явившихся в судебное заседание, при неполучении, вопреки требованиям ст. 281, согласия другой стороны на их оглашение в судебном заседании);

- личная заинтересованность в деле публичного обвинителя (дознателя, следователя, прокурора) либо наличие иных обстоятельств, вызывающих сомнение в его объективности и беспристрастности, ибо недобросовестное использование широких

¹ См. п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

властных полномочий, которыми наделены эти участники процесса, ставит под сомнение возможность соблюдения реального равенства сторон;

— незаконное изменение субъектного состава процессуальных правоотношений, способное изменить установленный законом баланс сил в пользу одной из сторон (нарушение правил подследственности, незаконное участие в проведении предварительного следствия ненадлежащих следователей, органов дознания и их сотрудников и т.д.). Произвольное нарушение установленных законом правил подследственности порождает сомнение в независимости и беспристрастности органа уголовного преследования, который может быть в этом случае назначен *ad hoc* (лат. — специально для данного случая), что несовместимо в состязательном процессе с принципом равенства сторон.

Принцип *процессуальной независимости суда* — это требование беспристрастности и объективности суда по отношению к сторонам и другим участникам судопроизводства, а также оценки им доказательств исходя лишь из своего собственного (внутреннего) убеждения. Нарушение принципа независимости суда имеет место, если:

— суд обнаруживал в ходе производства по делу пристрастность либо имеются обстоятельства, ставящие под сомнение его беспристрастность и объективность (наличие оснований для отвода судей при отказе в удовлетворении требований об отводе; явная тенденциозность в пользу одной из сторон, проявляемая судьями в ходе судебного разбирательства, в том числе игнорирование судом предписаний процессуального закона, обеспечивающих равенство сторон; нарушение правил, регулирующих подсудность и состав суда или коллегии присяжных заседателей; неправомерное ограничение судом принципа гласности судопроизводства; нарушение тайны совещания судей; обоснование судебного решения доказательствами, ранее признанными недопустимыми; произвольное (вне надлежащей процедуры, необоснованное) внесение судей изменений в протокол судебного заседания и т.п.);

— суд выполнял в процессе функции, присущие сторонам (например, необоснованная подмена судом обвинителя при собирании и исследовании в судебном заседании доказательств; самостоятельное определение судом порядка исследования доказательств в судебном заседании, в то время как ч. 1 ст. 274 УПК наделяет этим правом стороны и т.п.).

Равенство сторон и независимость суда в совокупности образуют «несущую конструкцию» состязательного процесса. Они — принципы-максимы. Все другие, институционные, принципы состязательного судопроизводства могут быть логически выведены из двух этих фундаментальных начал.

§ 5. ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПОДОЗРЕВАЕМОМУ И ОБВИНЯЕМОМУ ПРАВА НА ЗАЩИТУ

Право подозреваемого и обвиняемого на защиту непосредственно вытекает из принципа равенства сторон. Действительно, если в состязательном уголовном процессе имеются стороны обвинения и защиты, между которыми ведется процессуальное состязание по вопросу об уголовной ответственности, то праву обвинителя на уголовное преследование должно соответствовать равновеликое право подозреваемого и обвиняемого на защиту от этого преследования.

Право на защиту обеспечивается подозреваемому и обвиняемому законом от подозрения и обвинения. Защита других прав и законных интересов этих лиц охватывается действием принципов уважения чести и достоинства личности, неприкосновенности личности, жилища, охраны прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве, тайны переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Защита этих прав в рамках уголовного процесса может осуществляться в порядке обжалования действий и решений должностных лиц, предусмотренном гл. 16 и ст. 108 УПК, а также путем возмещения вреда лицам, незаконно подвергнутым мерам процессуального принуждения (ч. 3 ст. 133).

Право на защиту принадлежит не только обвиняемому и подозреваемому, которые официально признаны в этом процессуальном статусе, но и всякому лицу, в отношении которого совершаются действия в порядке уголовного преследования (осуществляется допрос в качестве свидетеля, но по обстоятельствам его участия в совершении преступления проводится обыск в жилище и т.д.). При этом указанные лица приобретают право на получение помощи защитника¹.

Принцип обеспечения права на защиту охватывает:

— права, которые подозреваемый и обвиняемый могут реализовать *собственными действиями* путем представления доказательств, участия в суде в допросах других подозреваемых и обвиняемых (подсудимых), потерпевших, свидетелей и экспертов, подачи жалоб на действия и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда;

— права, которые могут осуществляться ими *с помощью защитника и законного представителя* путем реализации прав и обязанностей этих лиц;

— *обязанности дознавателя, следователя, прокурора и суда*, соответствующие правам подозреваемого, обвиняемого, законного представителя и защитника, если эти права могут быть реализованы лишь путем выполнения названными должностными лицами и органами определенных встречных действий (обеспечить участие защитника, предоставить в установленных законом случаях для ознакомления необходимые документы и материалы дела, дать возможность снятия с них копий, рассмотреть ходатайства и жалобы, заслушать показания путем проведения допроса и т.д.);

— *процессуальные гарантии защиты*, действующие в силу закона даже при отсутствии волеизъявления заинтересованных лиц. Это презумпция невиновности, включая возложение бремени доказывания на обвинителя и толкование сомнений в пользу обвиняемого; правила о недопустимости доказательств, полученных в нарушение закона (ст. 75), правило о недопустимости поворота обвинения к худшему (ст. 385, 387, 405); нормы, обеспечивающие свободу обжалования в апелляционном и кассационном порядке приговора и других судебных решений (ст. 370, ч. 1 ст. 385) и др.

Как следует из содержания ч. 2 ст. 16, подозреваемый и обвиняемый вправе защищаться всеми не запрещенными УПК РФ способами и средствами. В этой норме реализован правовой принцип — «разрешено все, что не запрещено законом». На деле запрет может устанавливаться не только нормами самого УПК, как можно было бы понять из буквального прочтения текста указанной статьи, но и некоторыми другими законами. Например, ни обвиняемый, ни защитник, ни иные лица не вправе

¹ См. п. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 27.06.2000 № 11-П по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова // СЗ РФ. 2000. № 27. Ст. 2882.

применять методы и средства, отнесенные Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности» к исключительной компетенции оперативно-розыскных органов (оперативно-розыскные мероприятия). При отсутствии запрета может использоваться любой способ и средство защиты (см. об этом также § 2 гл. 2 учебника). Более подробно о правах подозреваемого и обвиняемого, правах и обязанностях защитника будет рассказано в § 13—15 гл. 5 учебника.

§ 6. ПРЕЗУМПЦИЯ НЕВИНОВНОСТИ

В силу *презумпции невиновности* подозреваемый или обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в установленном уголовно-процессуальным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда (ч. 1 ст. 14 УПК). Всякая презумпция — это предположение, условно-юридически принимаемое за истинное суждение. Согласно презумпции невиновности лицо, обвиняемое в совершении преступления, *условно предполагается* невиновным, пока окончательно не доказано обратное. То есть презумпция невиновности не равнозначна утверждению, что обвиняемый действительно невиновен, — она лишь требует *считать* его невиновным до тех пор, пока обвинительным приговором суда, вступившим в законную силу, он не будет признан виновным.

Без помощи презумпции невиновности уголовному процессу не удалось бы сохранять равновесие сторон — государственного органа уголовного преследования и частного лица, обвиняемого в преступлении, которые заведомо несопоставимы по своим фактическим силам и возможностям. Она является основным элементом института преимущества защиты и важнейшим условием соблюдения принципа равенства сторон в уголовном процессе. Окончание действия презумпции невиновности закон связывает лишь с вступлением в законную силу приговора суда в отношении данного обвиняемого. Прекращение уголовного дела или уголовного преследования по так называемым *нереабилитирующим* основаниям — ввиду истечения сроков давности, недостижения лицом возраста уголовной ответственности, смерти подозреваемого и обвиняемого, акта амнистии, примирения сторон, изменения обстановки, в связи с деятельным раскаянием (см. о них § 2 гл. 17 учебника) — не означает, что презумпция невиновности после этого полностью прекращает свое действие и лица, в отношении которых состоялись подобные решения, считаются виновными. Поскольку в этих случаях имеет место лишь *установление* виновности лица для целей прекращения дела или преследования, а не *признание* его виновным в совершении преступления приговором суда, презумпция невиновности не прекращает своего действия. Это выражается, например, в том, что такие лица не имеют судимости (ст. 86 УК РФ), не могут именоваться совершившими преступление, а лишь теми, *против которых осуществлялось уголовное преследование* (ст. 25, 26, 28), не могут быть уволенными со службы за совершение порочащего поступка, не могут быть подвергнуты дискриминации при решении вопроса о выдаче им заграничного паспорта, предоставлении российского гражданства и т.д. Конституционный Суд РФ в одном из своих решений указал, что «решение о прекращении уголовного дела (в частности, по такому *нереабилитирующему* основанию, как изменение обстановки) не подменяет собой приговор суда и, следовательно, не является актом, который устанавливает виновность обви-

няемого в том смысле, как это предусмотрено статьей 49 Конституции Российской Федерации»¹. Вместе с тем действие презумпции невиновности после прекращения дела или преследования по нереабилитирующим основаниям как бы ослаблено, неполно. Так, согласно положениям ст. 133 у названных лиц право на *реабилитацию*, в том числе на возмещение вреда, причиненного уголовным преследованием, не возникает.

Согласно презумпции невиновности обвиняемый *не обязан* доказывать свою невиновность, хотя *вправе* это делать. Это значит, что он не может быть понуждаем к даче любых показаний под страхом какой бы то ни было юридической ответственности, а отказ от дачи показаний не может быть истолкован ни как признание им своей виновности, ни как отягчающее наказание обстоятельство. В то же время защитник обвиняемого и *вправе*, и *обязан* доказывать его невиновность или наличие смягчающих обстоятельств.

Презумпция невиновности относится к числу опровержимых. Бремя опровержения тезиса о невиновности обвиняемого (или — что то же самое — доказывания его виновности) лежит на стороне уголовного преследования. *Бремя доказывания* — это негативные процессуальные последствия, которые наступают для стороны в случае, если она не сможет доказать обстоятельств, положенных ею в обоснование своей позиции по делу. Отрицательные процессуальные последствия, наступающие для стороны обвинения при недоказанности ею обвинительного тезиса, заключаются в том, что все сомнения относительно виновности толкуются в пользу обвиняемого (подозреваемого). При этом сомнения — это только *неустранимые* сомнения в существовании доказываемого обстоятельства, т.е. такие, которые остались, несмотря на использование всех средств и способов доказывания, которое было возможно по данному делу. При неустранимых сомнениях в виновности обвиняемого они толкуются в его пользу, т.е. он должен быть признан невиновным. Согласно одному из решений Конституционного Суда РФ неустранимость сомнений в виновности обвиняемого имеет место не только тогда, когда установлено объективное отсутствие достаточных доказательств виновности, но и тогда, когда при возможном их существовании *сторона обвинения не принимает мер к их получению*. Суд в таких ситуациях не должен по собственной инициативе восполнять недостатки в доказательствах обвинения, поскольку не может выполнять обвинительной функции².

Помимо бремени доказывания *виновности* (т.е. факта совершения преступного деяния именно данным лицом), на обвинителе лежит общее бремя доказывания обстоятельств, относящихся ко всем элементам и признакам состава инкриминируемого преступления, а также всех иных обстоятельств, подлежащих, согласно ст. 73, доказыванию по уголовному делу. Обвинитель несет также бремя опровержения *доводов стороны защиты* в отношении названных обстоятельств. Однако это касается не голословных утверждений обвиняемого, защитника и других лиц, выступающих на сто-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 28.10.96 № 18-П по делу о проверке конституционности ст. 6 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина О.В. Сушкова // СЗ РФ. 1996. № 45. Ст. 5203.

² См. Постановление Конституционного Суда РФ от 20.04.99 г. по делу о проверке конституционности положений п. 1 и 3 ч. 1 ст. 232, ч. 4 ст. 248 и ч. 1 ст. 258 УПК РСФСР в связи с запросами Иркутского районного суда Иркутской области и Советского районного суда г. Нижний Новгород // СЗ РФ. 1999. № 17. Ст. 2205.

роне защиты, а только тех, в подтверждение которых приводятся хотя бы какие-нибудь разумные аргументы и объяснения. В противном случае обвинению пришлось бы столкнуться с непосильной задачей опровержения любого, даже самого невероятного и фантастического довода защиты. Так, например, если защитой выдвигается утверждение о невинности обвиняемого, она должна в подтверждение этого привести конкретные обстоятельства. Для стороны защиты это не бремя доказывания, ибо ей не обязательно *доказать* невинность с полной несомненностью — достаточно, чтобы относительно нее оставались хотя бы *разумные сомнения*.

Вместе с тем в УПК РФ предусмотрено и *специальное бремя доказывания*, которое не обязательно лежит на обвинителе. В соответствии с ч. 4 ст. 235 при рассмотрении ходатайства об исключении доказательства, заявленного стороной защиты на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований УПК, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре, что соответствует общему правилу. Однако в остальных случаях бремя доказывания лежит на *стороне, заявившей ходатайство*. Другими словами, если сторона защиты заявит ходатайство не об исключении недопустимых доказательств, а какое-либо другое (например, об отсутствии оснований для содержания обвиняемого под стражей), бремя доказывания ложится на нее.

§ 7. ОЧНОСТЬ ПРОЦЕССА И НЕПОСРЕДСТВЕННОСТЬ ИССЛЕДОВАНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Принцип равенства сторон обеспечивается в первую очередь тем, что обе стороны сходятся в процессе лицом к лицу, очно, а не присылают вместо себя письменные материалы. В противном случае полноценное состязание не получится, ведь спорить можно лишь с тем, кто в состоянии отвечать на вопросы по существу дела. Соединение начала равенства сторон с человеческой (личностной) сущностью процесса порождает в состязательном судопроизводстве принцип *очности*. Он предполагает, во-первых, необходимость личного присутствия сторон в судебном заседании. Данное требование содержится как в уголовном, так и в гражданско-процессуальном праве, однако в уголовном процессе оно действует строже. В отличие от гражданского процесса заочное рассмотрение дела в состязательном уголовном суде, как правило, невозможно, так как уголовная процедура имеет более личный характер, чем гражданский процесс. Объясняется этот факт тем, что сами отношения, по поводу которых ведется уголовное производство, имеют сугубо личное начало. Это отражается даже в определении «уголовный», имеющем отношение к «голове», к личности, в то время как гражданское разбирательство ведется в основном по поводу отношений собственности. Можно сказать, что уголовный процесс интересуют главным образом лица, а гражданский — вещи.

Во-вторых, очность уголовной процедуры означает, что одни лишь документы (протоколы, иные документы) и «немые свидетели» — вещественные доказательства, в отличие от свидетелей «говорящих», недостаточны для того, чтобы обеспечить состязательность судопроизводства. Здесь следует искать корни *принципа непосредственности* исследования доказательств, понимаемого как требование обязательного представления и исследования в суде доступных *первоисточников* доказательственной

информации, которыми всегда являются лица — физические или юридические. Идеальным первоисточником следует считать не просто подлинник документа или оригинал предмета, а именно лицо, составившее документ, представившее данный предмет, что нашло отражение в латинской юридической поговорке: *satius est petere fontes quam rivulos* («Лучше искать источник, чем ручейки»). Так, подлинный рапорт сотрудника милиции об обстоятельствах задержания подозреваемого, безусловно, первоначальное доказательство в сравнении, например, с копией этого документа. Однако первоисточником доказательственной информации все же является лицо, составившее рапорт, и именно его желательно допросить в состязательном процессе в качестве свидетеля. В английском процессе подобный принцип фигурирует под весьма характерным названием *права на очную ставку*, и право это понимается очень широко. Оно предполагает не просто явку обвинителя и свидетелей обвинения в судебное заседание, но и запрет на доказательство по слуху (*hearsay evidence*), т.е. недопустимость, по общему правилу, производных доказательств, а также право на перекрестный допрос сторонами (*cross-examination*) свидетелей. Письменные показания там допустимы, как правило, в тех случаях, если обвиняемый присутствовал при их получении и имел возможность участвовать в перекрестном допросе. В смешанном континентальном судопроизводстве принцип непосредственности понимается не столь жестко — первоначальные доказательства признаются в качестве первоисточников, а производные в процесс допускаются, хотя и должны проверяться при наличии для этого реальной возможности, при помощи первоначальных доказательств (о первоначальных и производных доказательствах см. § 4 гл. 7 учебника).

§ 8. УСТНОСТЬ

Устность процесса есть словесный способ разбора дел. С одной стороны, это проявление очности судопроизводства, которая, в свой черед, обеспечивает равенство сторон. Когда стороны сходятся в процессе лицом к лицу, совершенно естественно, что устная форма — самый скорый и удобный способ для их общения. С другой стороны, устность процесса затрудняет одностороннюю и тайную подачу суду материала той или другой из сторон, так как ее процессуальный соперник тут же получает возможность отреагировать на всякого рода нарушения и искажения истины. В таких условиях суду легче сохранить объективность и независимость. Принцип устности действует в полную силу в судебных стадиях процесса, однако и на предварительном расследовании он проявляет себя при рассмотрении судьей вопросов, требующих судебного контроля (ч. 2 ст. 29 УПК). Содержание принципа устности состоит в следующем.

1. Согласно принципу устности суд *заслушивает* показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключение эксперта. При этом предполагается, что все *личные* доказательства, т.е. сведения, имеющие своим источником людей, должны быть предъявлены суду в словесной форме. Поэтому протоколы следственных действий, заключения экспертов, иные документы должны быть зачитаны (оглашены) в судебном заседании.

2. Однако принцип устности не удовлетворяется лишь устным оглашением документов, имеющих в материалах уголовного дела. В силу этого принципа доказательственные сведения в уголовном процессе должны, *по возможности*, исходить

непосредственно «из уст» источника доказательства, а не из документа, пусть и оглашенного устно, но сохраняющего письменную форму. Здесь принцип устности смыкается с принципом непосредственности исследования доказательств, обеспечивая его действие. Впрочем, из названного правила могут быть исключения. Так, не будет отступлением от принципа устности прочтение в суде протоколов, где записаны ранее данные на предварительном или судебном следствии показания подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и потерпевшего, однако при соблюдении ряда обязательных условий (ч. 3 ст. 281), одним из которых является то, что до такого прочтения лицо (при рассмотрении дела с его участием) должно быть устно допрошено в данном судебном заседании (более подробно см. об этом § 3 гл. 21 учебника). Что касается письменного заключения эксперта, полученного на предварительном расследовании, то в соответствии с ч. 2 ст. 285 оно должно быть оглашено полностью или частично стороной, которая ходатайствовала о его оглашении, либо судом. То есть письменное заключение эксперта, данное на предварительном расследовании, оглашается лишь *факультативно* — если об этом ходатайствует сторона или посчитает необходимым сделать суд. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что согласно ч. 1 ст. 240 заключение эксперта ввиду принципа устности судебного разбирательства должно быть обязательно *заслушано* наряду с показаниями подсудимого, потерпевшего и свидетелей, что, очевидно, относится лишь к заключениям экспертов, данным непосредственно в ходе судебного разбирательства (ст. 283). Сопоставление положений ст. 285 и 240 заставляет прийти к выводу о том, что общим правилом закон считает проведение экспертизы именно в судебном разбирательстве, а оглашение заключений, данных на предварительном следствии, допускается лишь по мере необходимости, в целях оценки судебных заключений.

То же самое относится, на наш взгляд, к протоколам других предварительных следственных действий и иных документов. Они допускаются для прочтения, но лишь по ходатайству сторон и по особому определению (постановлению) суда. Общим правилом должно стать проведение в судебном заседании таких действий, как осмотр местности или помещения (ст. 287), следственный эксперимент (ст. 288), предъявление для опознания новых объектов (ст. 289), освидетельствование (ст. 290), когда для этого имеется фактическая возможность. При этом оглашение протоколов аналогичных следственных действий, ранее проведенных на предварительном расследовании, практически имеет смысл лишь для восполнения деталей, которые могли быть забыты со времени предварительного расследования. Для иных следственных и процессуальных действий, которые, как правило, невозможно повторить в судебном следствии, — речь идет о задержании, обыске, выемке, опознании объектов, уже подвергавшихся опознанию на предварительном расследовании, — вопрос должен решаться иначе. Хотя протоколы этих действий, составленные на предварительном расследовании, как правило, приходится оглашать в суде, принцип устности требует сопроводить их исследование допросом участвовавших в их проведении лиц (например, понятых). Это необходимо, чтобы обеспечить сторонам и суду возможность эффективно проверить достоверность полученных результатов и законность использованных процедур.

Особый интерес представляют с точки зрения соблюдения принципов устности и непосредственности официальные документы (нормативные, распорядительные, справочно-удостоверительные, контрольные и информационные). Дело в том, что сведения, удостоверенные или изложенные в этих документах, юридически исходят не

от физических лиц, а от государственных органов, должностных лиц и организаций, которые допрошены быть не могут. И если те, издавая документ, не вышли за пределы своей правоспособности, то их следует считать первоисточниками данных, а сами такие документы допустимо рассматривать как первоначальные доказательства. В подобных случаях можно ограничиться оглашением названных документов в судебном заседании без допроса лиц, их подписавших, хотя, конечно, при необходимости допрос и не исключен.

В состязательном процессе могут фигурировать и предметные (вещественные) доказательства. Принцип устности так же, как и принцип непосредственности, требует допросить, когда это практически доступно, лицо, представившее предмет либо принимавшее участие в его обнаружении, изъятии или создании, относительно названных обстоятельств. Один лишь осмотр сторонами предмета не обеспечивает им равных возможностей для состязания, так как без человека и его словесных пояснений предмет может быть недостаточно информативен; доказательством он может стать лишь в пределах правовой системы «предмет—человек». За ее пределами свойства предмета не могут являться вещественными доказательствами (более подробно об этом см. § 4 гл. 7 учебника). Это, впрочем, не означает, что можно удовлетвориться, например, лишь устным пересказом свидетелем содержания документа — вещественного доказательства, так как устное изложение в данном случае было бы заменой исследования самого предметного первоначального доказательства. Исключение может быть допущено только тогда, когда представление оригинала физически невозможно или вызывает значительные трудности. «Надписи на стенах и могильных плитах обычно передаются устно, хотя однажды могильную плиту представили на обозрение Палаты лордов», — пишет английский правовед Р. Уолкер¹.

Согласно ч. 3 ст. 240 приговор суда может быть основан лишь на тех доказательствах, которые были исследованы в судебном заседании. Как мы могли убедиться, такое исследование производится в устной форме. Это значит, что доказательства, *не заслушанные и не оглашенные* в судебном заседании, не могут быть использованы при постановлении приговора или иного итогового судебного решения.

§ 9. ОЦЕНКА ДОКАЗАТЕЛЬСТВ СУДОМ ПО ВНУТРЕННЕМУ УБЕЖДЕНИЮ

Принцип независимости суда служит основанием для такого институционального процессуального принципа, как оценка доказательств судом по внутреннему убеждению, или свободная оценка доказательств. Принцип свободной оценки доказательств, или оценки доказательств по внутреннему убеждению, будучи производным от принципа независимости суда, распространяет свое действие также и на прокурора, следователя и дознавателя. Содержание его многогранно.

Во-первых, принцип свободной оценки доказательств предполагает запрет суду, следователю, дознавателю, прокурору принимать во внимание при оценке доказательств какие-либо мнения посторонних лиц, не участвующих в процессе, а равно не основанные на доказательствах утверждения сторон и иных участников судопроиз-

¹ Уолкер Р. Английская судебная система. С. 586.

водства. Согласно данному принципу доказательства оцениваются по *внутреннему убеждению* субъекта доказывания. Внутреннее убеждение есть полная уверенность субъекта оценки доказательств относительно достоверности полученных выводов. Однако оно должно основываться не на отвлеченном мнении, а на оценке каждого из доказательств и всей их *совокупности* в целом. Указание о том, что доказательства оцениваются в совокупности, не означает, что смысл имеет лишь общее впечатление, которое произвели исследованные доказательства на судью, присяжного заседателя и др. Оценить доказательства в совокупности — значит не упустить ни одного из них. В описательно-мотивировочной части приговора суд в силу данного принципа обязан дать оценку всем исследованным им доказательствам и указать, почему он принимает за основу своего решения одни из доказательств и почему отвергает другие (п. 2 ст. 307 УПК).

Во-вторых, этот принцип направлен на обеспечение самостоятельности суда по отношению к законодателю, который не вправе принимать законы, в которых различным видам доказательств придавалась бы разная, заранее установленная сила. В части 2 ст. 17 по этому поводу сказано: «Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы». То есть названный принцип запрещает формальную (легальную) систему доказательств в уголовном процессе. Тот же самый запрет можно отнести и к некоторым указаниям и разъяснениям вышестоящих прокурорских, судебных и ведомственных органов и инстанций, а также обыкновениям судебной-следственной практики, которыми отдельным категориям доказательств, вопреки закону, придается фактически заранее установленная сила.

В-третьих, данный принцип предлагает субъектам доказывания *руководствоваться законом и совестью*. Руководствоваться при оценке доказательств законом — значит учитывать нормы уголовно-процессуального права относительно *допустимости* доказательств (см. об этом § 3 гл. 7 учебника). Требование руководствоваться при оценке доказательств *совестью* — новое для нашего уголовно-процессуального законодательства. В УПК РСФСР (ст. 71) говорилось о необходимости в подобных случаях руководствоваться *правосознанием*, т.е. знаниями субъекта о праве и его отношении к нему. Очевидно, данное изменение учитывает особенности оценки доказательств присяжными заседателями, которые, как правило, не сведущи в законах, а потому могут испытывать затруднения при необходимости оценивать доказательства по правосознанию. Вместе с тем, на наш взгляд, формулировка УПК РСФСР была более удачной, ибо, по сути, являлась основанием для применения в уголовном процессе аналогии закона и аналогии права в тех ситуациях, когда необходимо было с помощью правосознания восполнить пробел в законе. Восполнение же его с помощью такой сугубо нравственной категории, как совесть, чревато отступлениями не только от закона, но и от общих правовых принципов в пользу разнообразных этических представлений.

§ 10. ГЛАСНОСТЬ

Гласность так же, как и устность, в целом производна от принципов независимости суда и равенства сторон, но лишь при определенных условиях. Сама по себе состязательность как способ решения проблем путем контролируемого противоборства сторон не обязательно предполагает, что этот процесс должен быть вы-

несен на всеобщее обозрение. Гласность — это искра, высекаемая лишь от соприкосновения состязательной идеи с реалиями гражданского общества. Судебный процесс обретает «дар речи» там, где государство считается с правами граждан и где последние могут на равных разговаривать с государством. Гражданское общество нуждается в независимом суде и равенстве в нем сторон, но только в условиях гласности судебская независимость и равенство становятся прозрачными и гарантированными. «Общественное убеждение в достоинстве суда возможно с тем лишь условием, чтобы каждый шаг судебной деятельности был известен обществу», — комментируя Бентама, писал И.Я. Фойницкий¹. Таким образом, независимость суда и равенство сторон действительно порождают гласность, но только в условиях, когда состязательный процесс проникнут еще и духом публичности. По-видимому, это обстоятельство дало в прошлом повод ряду авторов (А.Ф. Кони, А.П. Чебышев-Дмитриев, Н.А. Неклюдов, М.С. Строгович) сближать и даже отождествлять гласность с публичностью процесса. Другие (К.К. Арсеньев, В.Н. Палаузов, В.К. Случевский, И.Я. Фойницкий и др.) полагали, что публичность, которую они понимали как официальность, есть самостоятельный принцип, способный существовать и в отсутствие гласности. Однако, как отмечал И.Я. Фойницкий, «опоры в тексте закона, точной терминологии придерживающегося, ни те, ни другие не имеют»².

Это можно сказать о российском законодательстве и поныне, однако в п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод сказано, что «каждый человек имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, на справедливое и публичное разбирательство дела». Понятию публичности дается развернутая аттестация в решении Европейского Суда по правам человека от 08.12.83 г. по делу «Претто и других против Италии»: «Публичный характер судопроизводства, о котором говорится в статье 6, п. 1, защищает тяжущихся от тайного отправления правосудия вне контроля со стороны общественности; он служит одним из способов обеспечения доверия к судам как высшим, так и низшим. Сделав отправление правосудия прозрачным, он содействует достижению целей статьи 6, п. 1, а именно справедливости судебного разбирательства, гарантия которого является одним из основополагающих принципов всякого демократического общества...»³. Как видим, в данном случае публичность приравнена к гласности процесса. В другом своем решении («Экбатани против Швеции», 26.05.88 г.) Европейский Суд высказался еще определеннее: «...что касается публичности, то все материалы дела доступны широкой публике»⁴. Итак, по мнению одного из высших международных судов, публично то, что доступно широкой публике. Однако, как было показано выше (см. § 2 настоящей главы), публичность — значительно более глубокое понятие, нежели открытое ведение судебного заседания или оглашение приговора.

Гласность может быть общая и гласность сторон. *Общая гласность* — это открытость судебного разбирательства, т.е. возможность присутствия на суде всех желающих, а также освещения всего происходящего на суде в средствах массовой ин-

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 98.

² Там же. С. 93.

³ Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. С. 431.

⁴ Там же. С. 584.

формации, прежде всего в печати. Согласно ч. 1 ст. 123 Конституции РФ «разбирательство дел во всех судах открытое. Слушание дела в закрытом заседании допускается в случаях, предусмотренных федеральным законом».

Гласность сторон есть право обеих сторон присутствовать при проведении процессуальных действий, знакомиться со всеми материалами дела и делать заявления. Гласность бывает также *полная* и *ограниченная*. Общая гласность может ограничиваться по кругу лиц (например, для несовершеннолетних, вооруженных, находящихся в нетрезвом состоянии лиц и др.); по объему процессуальных действий (если отдельные действия, этапы или стадии процесса не допускают присутствия посторонних лиц), а также по характеру выясняемых обстоятельств (представляющих государственную или личную тайну, оскорбляющих нравственность либо способных вызвать нарушение общественного спокойствия). Гласность сторон ограничена, когда та или иная сторона устранена от участия в процессуальных действиях либо ограничена в возможности знакомиться с материалами дела. От ограничения принципа гласности следует отличать его нарушения. Так, общая гласность страдает, если судебное разбирательство проводят не в зале судебных заседаний или другом, специально объявленном для широкой публики месте, а келейно, т.е. в помещении, о котором публика не извещена и куда доступ для нее неудобен или объективно затруднен (к примеру, в кабинете судьи; в здании, где действует пропускной охранный режим, и т.п.). Учитывая значение гласности для состязательного процесса, она должна рассматриваться как его обязательное условие. Эта проблема много серьезнее, чем кажется на первый взгляд. Проведение процессов при пустых залах, в присутствии одних лишь сторон и немногочисленной родни подсудимого или потерпевшего лишает состязательность динамизма и остроты, притупляет у суда, прокуроров и адвокатов чувство ответственности за дело, ведет к снижению качества их работы. Потому-то информация о времени, месте и предмете судебных заседаний должна публиковаться в печати, доводиться до населения по телевидению; следует использовать опыт выездных судебных разбирательств, накопленный российскими (советскими) судами в прежнее время. Огромное значение имеет внешний и внутренний вид судебных зданий, обстановка, торжественный ритуал, зрелищность судебных заседаний. Здесь можно вспомнить английскую юридическую поговорку о том, что судопроизводство обязано не только быть Правосудием, но и *выглядеть* как Правосудие.

§ 11. НЕДОПУСТИМОСТЬ ПОВТОРНОГО ПРИВЛЕЧЕНИЯ К УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ОДНО И ТО ЖЕ ДЕЯНИЕ (NON BIS IN IDEM)

Этот принцип логически вытекает из состязательной идеи, ибо после состоявшегося процесса и вступления в законную силу приговора суда нет почвы для нового спора по тому же предмету. Можно сказать, что *нет наказания после состязания* (что в общем-то соответствует русской поговорке о том, что «после драки кулаками не машут»). В первую очередь это касается обвинителя, поскольку именно на нем лежит бремя доказывания, а потому «проигрыш» должен быть для него, как правило, безвозвратен. Иногда запрет на вторичное привлечение к ответственности за одно и то же пытаются объяснять именно соображениями одной лишь гуманности и индивидуальной справедливости. Так, И.Я. Фойницкий пишет:

«Человек, раз вытерпевший наказание за учиненное, покончил свои счета с правосудием, и его несправедливо было бы вторично привлекать за то же к ответственности»¹. Естественно, право не может игнорировать справедливости, однако последняя, как правило, не определяет содержание юридических норм напрямую, а опосредована через отвлеченную юридическую форму, в данном случае состязательную. В современном уголовном процессе, где действует публичное обвинение, содержание данного принципа пополнилось. Теперь он включает следующие требования.

1. Право на уголовное преследование иссякает не только по делу, окончательно решенному судом и потому не подлежащему рассмотрению вновь (п. 4 ч. 1 ст. 27 УПК РФ, ст. 368 УПК Франции 1958 г., ст. 4 Протокола 7 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и т.д.). Преследование прерывается и на стадии досудебной подготовки, если обнаружится, что следственный орган — тот же самый или параллельной юрисдикции — ранее уже прекратил дело по этому обвинению. Так, например, решен вопрос в российском Кодексе (п. 5 ч. 1 ст. 27 УПК РФ).

2. Принцип «*non bis in idem*» не одобряет многократные судебные разбирательства в отношении обвиняемого. Исключение составляют эпизоды, когда в деле открываются новые фактические обстоятельства, которые не были и не могли быть известны суду при вынесении решения по делу. Тогда новое осуждение возможно, поскольку в подобном случае нельзя сказать, что ответственность наступает *за то же самое*. Для этих целей в разных судебных системах применяется «ревизионный пересмотр» (УПК Франции), «возобновление производства, оконченного вступившим в законную силу приговором» (УПК ФРГ), «возобновление дел ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств» (гл. 49 УПК РФ) либо апелляционный порядок пересмотра судебных решений (английский тип процесса).

§ 12. ПРИНЦИПЫ НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ ЛИЧНОСТИ, ЖИЛИЩА И ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ, ОХРАНЫ ИНЫХ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА

Названные принципы — основа правового статуса членов гражданского общества, где государство не может произвольно вмешиваться в индивидуальную жизнь.

1. Неприкосновенность личности

Данный принцип традиционно усматривают в том, что никто не может подвергнуться задержанию или заключению иначе как в случаях, предусмотренных законом, и при соблюдении форм, предписанных законом. Однако данная формула сама по себе недостаточна, так как оставляет возможность для манипуляций с законом. Создается опасная иллюзия, что стоит лишь нормативно установить основания ареста и предусмотреть для него некую процедуру — и неприкосновенность личности обеспечена. Но весь вопрос в том, каким законом и какими формами обставлено заключение под стражу. Ведь основания могут быть безбрежны, а процедуры несправедливы — тогда данное определение фактически

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 41.

прикрывает узаконенный произвол. Требование обеспечить неприкосновенность личности питают не только абстрактные гуманистические идеалы свободы личности, но и внутренняя логика построения самого состязательного судопроизводства. Ведь для того чтобы состязаться на равных с находящимся на воле обвинителем, обвиняемому также нужна личная свобода. Это хорошо понимали уже в античные времена. Так, уголовное судопроизводство греков и римлян весьма неохотно прибегало к досудебному заточению обвиняемого — допускалось лишь его задержание потерпевшим на месте преступления и доставление в суд (примером может служить греческая *иссангелия*), причем такая мера могла быть заменена денежным залогом. «Заковать римского гражданина, — говорил Цицерон, — это преступление».

Итак, ограничение личной свободы обвиняемого в принципе противопоказано состязательной конструкции процесса. Изъятия из общего правила допустимы только в тех случаях, когда обвиняемый пытается нелегально выйти за пределы равенства сторон, создать для себя несправедливые преимущества. При этом основания для ареста должны быть таковы, чтобы оставление обвиняемого на свободе реально, а не в виде абстрактной возможности, грозило неоправданными потерями для обвинения. Так, например, бегство обвиняемого, сокрытие его от следствия и суда, безусловно, нарушает баланс сил в процессе: обвинителю в этом случае предстоит «бой с тенью». Уничтожение обвиняемым следов преступления, порча обвинительных доказательств, незаконное воздействие на свидетелей и т.п. также выбивают оружие из рук его процессуального противника. Невозможно также представить равное состязание сторон до тех пор, пока продолжается совершение преступления.

Неприкосновенности личности уделяется большое внимание в международном праве. Так, в ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4.11.50 г., в частности, сказано: «Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть лишен свободы иначе как в следующих случаях и в порядке, установленном законом:

— законное содержание лица под стражей после его осуждения компетентным судом;

— законный арест или задержание лица за невыполнение законного решения суда или с целью обеспечения выполнения любого обязательства, предписанного законом;

— законный арест или задержание лица, произведенное с тем, *чтобы оно представало перед компетентным судебным органом по обоснованному подозрению в совершении правонарушения или в случае, когда имеются достаточные основания полагать, что необходимо предотвратить совершение им правонарушения или помешать ему скрыться после его совершения...* Каждому арестованному *незамедлительно* сообщаются на понятном ему языке *причины его ареста и любое предъявляемое ему обвинение*;

— каждое лицо, подвергнутое аресту или задержанию по подозрению в совершении преступления, *незамедлительно* доставляется к судье или к иному должностному лицу, уполномоченному законом осуществлять судебные функции, и *имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда*. Освобождение может ставиться в зависимость от предоставления гарантий явки в суд;

— каждый, кто лишен свободы путем ареста или задержания, имеет право на разбирательство, в ходе которого суд безотлагательно решает вопрос о законности его задержания и выносит постановление о его освобождении, если задержание незаконно;

— каждый, кто стал жертвой ареста или задержания в нарушение положений настоящей статьи, имеет право на компенсацию» (курсив мой. — А.С.).

Указанные положения Европейской конвенции частично реализованы в новом УПК РФ. Так, в ст. 91 и 97 и ч. 1 ст. 108 УПК установлены основания для задержания подозреваемого и меры пресечения — заключение под стражу. После доставления подозреваемого в орган дознания, к следователю или прокурору в достаточно короткий срок — не более 3 часов, т.е. *незамедлительно*, — составляется протокол задержания, в котором делается отметка о том, что подозреваемому разъяснены его права. При необходимости избрания в качестве меры пресечения заключения под стражу прокурор, а также следователь и дознаватель с согласия прокурора возбуждают *перед судом* соответствующее ходатайство.

Тем не менее не все из названных положений обязательной для России Римской конвенции нашли воплощение в новом Кодексе. Так, в случае заключения под стражу подозреваемого *обвинение* может быть предъявлено ему в течение 10 суток (ст. 100). Это вряд ли можно назвать незамедлительным сообщением арестованному «любого предъявляемого ему обвинения». К сожалению, УПК РФ ни словом не упоминает и о праве арестованного на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда¹.

Не так решается данный вопрос в процессуальных системах, где данное право реализовано в полной мере. Например, в Англии и Уэльсе предварительное заключение с момента окончания полицейского задержания и до начала рассмотрения магистратами вопроса о предании суду не может продолжаться дольше 70 дней и 112 дней — с момента предания суду до начала судебного разбирательства; в Шотландии обвиняемый, содержащийся под стражей, должен быть освобожден, если на 110-й день не было начато судебное рассмотрение его дела. В Нидерландах дело может быть рассмотрено судом, только если прокурор направит его в суд в течение 100 дней с начала ареста. В США согласно акту «О скором судопроизводстве» (§ 3161—3174 разд. 18 Свода законов США) обвинительный акт должен быть предъявлен обвиняемому в течение 30 дней со дня его ареста или первого вызова повесткой — в противном случае дело должно быть прекращено.

2. Неприкосновенность жилища

Неприкосновенность жилища — одно из конституционных личных прав человека. Оно состоит в том, что никто не имеет права проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, предусмотренных федеральным законом, или на основании судебного решения (ст. 25 Конституции РФ). При этом предварительное получение государственными органами и должностными лицами судебного разрешения на проникновение в жилище следует рассматривать как общее правило. В уголовном процессе оно распространяется на проведение осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц, обыска и выемки в жилище (ст. 12 УПК). Недопустимо также самовольное, без разрешения суда,

¹ Этот недостаток частично восполнен в п. 12—14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», в котором рассматривается право обвиняемого.

вторжение в жилище для производства любых других следственных действий (наложения ареста на имущество, допроса и др.). Вместе с тем федеральным законом могут быть предусмотрены исключения из этого правила, когда судебный контроль за проведением указанных следственных действий является не предшествующим (перспективным), а последующим (ретроспективным). Так, в исключительных случаях, когда производство осмотра жилища, обыска и выемки в жилище, а также личного обыска не терпит отлагательства, указанные следственные действия могут быть произведены на основании постановления следователя без получения предварительного судебного решения. В этом случае следователь в течение 24 часов с момента начала производства следственного действия обязан уведомить судью и прокурора о производстве следственного действия. Судья проверяет законность произведенного следственного действия и выносит постановление о его законности или незаконности. В случае если судья признает произведенное следственное действие незаконным, все доказательства, полученные в ходе такого следственного действия, признаются недопустимыми (ч. 5 ст. 165 УПК).

3. Тайна переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений

Тайна переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, т.е. *тайна связи*, состоит в том, что информация о почтовых отправлениях, телефонных переговорах, телеграфных и иных сообщениях, а также сами эти отправления (сообщения) могут выдаваться только отправителям и адресатам или их законным представителям (Федеральный закон от 09.08.95 г. «О почтовой связи»). Следственные действия — наложение ареста на почтовые и телеграфные отправления (бандероли, посылки или другие почтово-телеграфные отправления либо теле- или радиограммы), их выемка, контроль и запись телефонных и иных переговоров проводятся только на основании судебного решения. Указанные следственные действия необходимо отличать от оперативно-розыскных мероприятий — контроля почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивания телефонных переговоров, снятия информации с технических каналов связи, которые, впрочем, проводятся также лишь по решению суда (п. 9—11 ст. 6, ст. 9 Закона от 12.08.95 г. «Об оперативно-розыскной деятельности»).

4. Охрана иных прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве

Принцип охраны прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве включает в себя следующие требования.

1. Обязанность суда, прокурора, следователя, дознавателя *разъяснять права, обязанности, ответственность* подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, а также всем другим участникам уголовного судопроизводства (ч. 1 ст. 11). Разъяснение должно производиться, во-первых, сразу после ознакомления участника процесса с решением о признании за ним соответствующего процессуального статуса, а во-вторых, при проведении конкретного следственного и иного процессуального действия с его участием — о правах и обязанностях в ходе этого действия. Невыполнение лицом, ведущим процесс, этой обязанности мо-

жет привести к аннулированию процессуального действия и признанию его результатов юридически ничтожными. Неразъяснение судом, прокурором, следователем, дознавателем прав участникам процесса — физическим лицам, выступающим как на стороне обвинения, так и стороне защиты, которые могут и не знать эти права, должно рассматриваться как посягательство на принцип равенства сторон, основополагающий для состязательного построения процесса.

2. Обязанность суда, прокурора, следователя, дознавателя *обеспечивать* возможности для осуществления своих прав участниками уголовного судопроизводства.

3. Принятие в случаях, предусмотренных законом (ч. 3 ст. 11), мер безопасности в отношении потерпевшего, свидетеля или иных участников уголовного судопроизводства, а также их близких родственников, родственников или близких лиц. К процессуальным мерам безопасности относятся следующие действия:

— не включение в протокол следственного действия данных о личности потерпевшего, его представителя или свидетеля. В этом случае следователь с согласия прокурора 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 (ч. 9 ст. 166);

— контроль и запись телефонных и иных переговоров при наличии угрозы совершения насилия, вымогательства и других преступных действий в отношении потерпевшего, свидетеля или их близких родственников, родственников, близких лиц (ч. 2 ст. 186);

— предъявление лица для опознания в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознающего опознаваемым (ч. 8 ст. 193);

— рассмотрение дела в закрытом судебном заседании (п. 4 ч. 2 ст. 241);

— допрос свидетеля в судебном заседании без оглашения подлинных данных о личности свидетеля в условиях, исключающих визуальное наблюдение свидетеля другими участниками судебного разбирательства, о чем суд выносит определение или постановление (ч. 5 ст. 278).

4. Обязанность возмещения вреда, причиненного лицу в результате нарушения его прав и свобод судом, а также должностными лицами, осуществляющими уголовное преследование (гл. 18).

5. Обязанность рассмотрения в установленном уголовно-процессуальным законом порядке жалоб на действия (бездействие) и решения органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда (гл. 16).

§ 13. ЗАКОННОСТЬ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Принцип законности — общеправовое начало, которое требует неукоснительного исполнения законов всеми органами государства, должностными лицами и гражданами. Это положение означает, во-первых, *общеобязательность*, а во-вторых, *верховенство закона*. Согласно уголовно-процессуальному законодательству России верховенство закона в уголовном судопроизводстве состоит в следующем:

— единственными законами, которые могут быть источником уголовно-процессуального права, являются УПК РФ и Конституция РФ, на которой этот Кодекс основан;

— суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель не вправе применять федеральный закон, противоречащий УПК. Установив в ходе производства по уголовному делу несоответствие федерального закона или иного нормативного правового акта УПК, суд принимает решение в соответствии с Кодексом (ч. 1, 2 ст. 7 УПК). Однако следует иметь в виду, что нормы УПК не имеют приоритета над Конституцией и конституционными федеральными законами, напротив, не могут им противоречить (ч. 1 ст. 15, ч. 3 ст. 76 Конституции РФ). Рассмотрев этот вопрос, Конституционный Суд РФ признал приоритет федеральных конституционных законов над УПК, ч. 1 и 2 ст. 7 которого распространяются лишь на случаи, когда положения иных федеральных законов, *непосредственно регулирующие порядок производства по уголовным делам*, противоречат УПК. Если же в ходе производства по уголовному делу будет установлено несоответствие между федеральным конституционным законом (либо ратифицированным международным договором РФ) и УПК (который является обычным федеральным законом), применению подлежит именно федеральный конституционный закон или, соответственно, международный договор РФ как обладающие большей юридической силой по отношению к обычному федеральному закону¹.

Однако помимо общеправового значения данного принципа он обладает в уголовном судопроизводстве также специфическим процессуальным содержанием. Его роль существенно различается в зависимости от того типа, к которому принадлежит процесс. В розыском судопроизводстве законность как требование неуклонного исполнения нормативных предписаний законодателя была единственной движущей силой процесса. Напротив, состязательное судопроизводство движется вперед не безличной волей закона, а усилиями, спором сторон. Цель неуклонного соблюдения предписаний закона здесь иная, чем в розыском производстве, — это не движение процесса, а *создание условий для справедливого состязания сторон*. Поэтому, на наш взгляд, принцип законности в состязательном судопроизводстве равнозначен понятию *справедливой судебной процедуры*. Справедливость состязательного процесса определяется в первую очередь соблюдением *принципов-максимов* — равенства сторон и независимости суда.

Равенство сторон и независимость суда в совокупности есть «несущая конструкция» состязательного процесса, ядро его принципа законности. Отступления от этих начал способны серьезно пошатнуть все здание правосудия и должны квалифицироваться как *существенные* процессуальные нарушения режима законности. Их нарушение делает состязание несправедливым, а потому незаконным. Полученные при этом доказательства должны быть признаны юридически ничтожными, процессуальные решения подлежат отмене, а результаты процессуальных действий — аннулированию. Это, конечно, не означает, что нарушения других принципов состязательного процесса — публичности, истины, непосредственности оценки доказательств, гласности и др. — всегда не существенны, а потому на них можно не обращать внимания. Институционные принципы логически выводятся из принципов-максимов, являются их условиями или следствиями. Поэтому их нарушения каждый раз также ставят под сомнение законность процесса. Однако, как мы уже говорили ранее, эти принципы не

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 29.06.2004 № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // Российская газета. 07.2004 г.

универсальны, поэтому реальное их значение (а соответственно и «цена ошибки») определяются в зависимости от той роли, которую они выполняют по отношению к ведущим типологическим принципам состязательного процесса, насколько они в той или иной ситуации обеспечивают равенство сторон и независимость суда. В большинстве случаев нарушения требований институциональных принципов существенны для процесса, однако иногда отрицательное значение этого менее велико; тогда нарушение можно не считать существенным для результатов производства по делу. Так, ч. 1 ст. 233 УПК предусматривает, что рассмотрение уголовного дела в судебном заседании должно быть начато не позднее 14 суток со дня вынесения судьей постановления о назначении судебного заседания, а по уголовным делам, рассматриваемым судом с участием присяжных заседателей, — не позднее 30 суток. Незначительное увеличение этого срока (на несколько дней) нарушает право подсудимого и потерпевшего на срочное судебное разбирательство, а следовательно — принцип публичности судопроизводства. Вытекает ли отсюда, что весь последующий судебный процесс незаконен? Думается, что такой вывод был бы неправильным. Незаконность бездействия суда здесь не означает еще нарушения режима законности по делу в целом. Санкцией за подобное нарушение в крайнем случае может быть обращение с жалобой в квалификационную коллегия судей.

Впрочем, не всегда даже существенные отступления от процессуальных норм должны влечь за собой безусловное аннулирование результатов соответствующих процессуальных действий или процесса в целом. Исключение составляют те из них, которые хотя и породили сомнение в целостности основополагающих принципов равенства сторон, независимости суда, но, как выяснилось, реально не причинили им существенного вреда. Если заинтересованная сторона сумеет доказать, что, несмотря на допущенные нарушения, реальных вредных последствий для равенства сторон, независимости суда не наступило, та или иная процедура *в целом* может быть признана законной. Например, непредупреждение обвиняемого или свидетеля о его праве не давать показания против себя и своих близких (п. 3 ч. 4 ст. 47, п. 1 ч. 4 ст. 56), несомненно, является весьма серьезным процессуальным нарушением. Однако, если будет доказано (в том числе и объяснениями самого обвиняемого или свидетеля), что это никак не повлияло на добровольность данных им показаний, а значит, и на сохранение равенства сторон, суд, как нам представляется, вправе признать полученные показания допустимыми. В конечном счете уже нельзя сказать, что такое доказательство использовано судом в нарушение закона, так как именно с помощью средств и способов, предусмотренных самим законом, «пятно» процессуального нарушения было как бы смыто, уничтожено. Нарушения, поддающиеся опровержению, следует, на наш взгляд, именовать *устраняемыми*.

Напротив, если установлено, что искажение процедуры привело к реальному ущербу для принципов-максимов состязательного судопроизводства, этой процедуры результаты в любом случае должны считаться юридически ничтожными, а допущенные нарушения — неустраняемыми. Нельзя устранить, например, такое нарушение, как получение от обвиняемого признательных показаний путем применения к нему пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих человеческое достоинство видов обращения. В результате такого нарушения процесс перестал бы отвечать требованиям справедливой судебной процедуры, где стороны должны находиться в равном положении. Возместить правосудию столь жестокий урон невозможно.

Раздел II

УЧАСТНИКИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

§ 1. ПОНЯТИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ УЧАСТНИКОВ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА. УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ФУНКЦИИ

Участники уголовного судопроизводства (процесса) — это все лица, которые участвуют в уголовно-процессуальных правоотношениях, т.е. имеют здесь определенные права и обязанности. Поэтому понятие участника судопроизводства тождественно понятию субъекта уголовно-процессуальных отношений.

В юридической литературе прошлых лет можно было встретить и другие точки зрения. Одна из них состояла в том, что участники судопроизводства — это не все субъекты процессуальных отношений, а только те из них, которые отстаивают в деле определенный материально-правовой интерес — собственный (обвиняемый, подозреваемый, потерпевший, гражданский истец и гражданский ответчик) или представляемый (защитник, представитель потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика или законный представитель несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого)¹. Согласно другой позиции к числу участников процесса относили всех субъектов, выполнявших *уголовно-процессуальные функции* (уголовного преследования, защиты, разрешения дела), независимо от наличия у них собственного интереса в деле. В то же время свидетелей, экспертов, понятых, переводчиков и т.д. предлагалось не считать участниками процесса на том основании, что они якобы не выполняют никакой процессуальной функции². Однако в разд. II УПК РФ к числу участников судопроизводства отнесены не только лица, преследующие или представляющие тот или иной материально-правовой интерес, и не только те, кто выполняет основные функции: уголовного преследования, защиты и разрешения дела (правосудия), но также и те, кто не обладает этими признаками. Поэтому не одни лично заинтересованные в деле лица (их представители), но также и суд, прокурор, следователь, начальник следственного отдела, орган дознания, дознаватель, свидетель, эксперт, специалист, переводчик и понятой — все они являются участниками уголовного процесса, выполняющие определенные процессуальные функции.

Участники судопроизводства неоднородны, они могут выполнять различные *уголовно-процессуальные функции* и иметь различные права и обязанности, т.е. обладать различным *правовым статусом*. Таким образом, *участники уголовного судопроизводства* — это государственные органы, должностные, а также физические лица, выполняющие определенные уголовно-процессуальные функции, обладающие соответствующим правовым статусом и вступающие друг с другом в уголовно-процессуальные правоотношения.

Понятие уголовно-процессуальных функций нельзя свести к простой сумме полномочий, прав и обязанностей тех или иных участников судопроизводства, т.е. к их *компетенции*, или *правоспособности*. Благодаря понятию «функции» права и обязан-

¹ См.: Галкин Б.А. Советский уголовно-процессуальный закон. М., 1962. С. 92 и др.

² См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Ч. I. С. 111.

ности одних участников вступают во взаимодействие с правами и обязанностями других участников, образуя *систему* уголовно-процессуальной деятельности. Каждый из участников имеет в ней определенное назначение, играет свою процессуальную роль (следователя, прокурора, судьи, обвиняемого, защитника, свидетеля и т.д.). Деятельность различных участников или их групп, в свою очередь, образует в судопроизводстве различные, не совпадающие между собой, а иногда и прямо противоположные крупные *направления*. Внутри каждого из этих направлений процессуальные роли, выполняемые участниками процесса, близки друг к другу и даже могут между собой пересекаться, однако роли участников, принадлежащих к *разным* направлениям процессуальной деятельности, строго разграничены и не должны смешиваться. Объясняется это просто — различные направления процессуальной деятельности существуют именно потому, что в их основу положены противоречивые *процессуальные интересы*. Допустить пересечение подобных интересов в деятельности одних и тех же участников — значит поставить под угрозу сохранение ими объективности и непредвзятости в процессе. Можно сказать, что с помощью понятия «функции» процессуальная деятельность, словно по лекалу, раскроена таким образом, чтобы противоречивые интересы не мешали друг другу, а, напротив, работали на общие цели и задачи судопроизводства.

В состязательном процессе обычно принято выделять следующие основные функции: *обвинения (уголовного преследования), защиты и рассмотрения и разрешения дела (правосудия)*. Однако есть основания говорить о существовании в современном публично-состязательном уголовном процессе еще одной — вспомогательной — функции — *содействия правосудию* (свидетели, эксперты, специалисты, понятые, секретарь судебного заседания и т.д.).

Прежде всего, разделение процессуальных функций стоит на страже объективности и независимости суда, выполняющего функцию правосудия. Ясно, что если суд будет пытаться совмещать в своей деятельности одновременно задачу уголовного преследования виновных и задачу разрешения дела, он не сможет оставаться полностью объективным и беспристрастным, а потребности уголовного преследования выйдут на первый план, подчинив себе цели правосудия. Ведь прежде чем судить, надо установить и изобличить лицо, совершившее преступление, а это связано с формированием у всякого добросовестного уголовного преследователя убеждения в виновности обвиняемого. И наоборот, уголовный преследователь, наделенный одновременно и судебными полномочиями, будет склонен придавать обвинительное направление своей деятельности по разрешению дела. Отсюда проистекает непреложное состязательное правило, вытекающее из базового принципа независимости суда, — *никто не должен быть судьей в своем собственном деле*.

Однако недопустимо смешение с другими не только судебной функции. Не нуждается в доказательстве тот факт, что не может быть защитником лицо, заинтересованное в признании подзащитного виновным; столь же очевидно, что защитник не вправе представлять суду обвинительные доказательства, делать или поддерживать обвинительные выводы, заявлять о признании виновности подзащитного, если тот ее отрицает.

Определенное исключение существует в публично-состязательном уголовном процессе для функции уголовного преследования, которая при определенных условиях может пересекаться с функцией защиты, например, если обвинитель приходит к вы-

воду о необходимости прекращения уголовного преследования обвиняемого и юридически мотивирует этот вывод. С одной стороны, отказ от обвинения укладывается в содержание функции уголовного преследования, означая завершение ее выполнения таким, негативным, способом, но, с другой стороны, само обоснование обвинителем (в постановлении о прекращении дела, в заявлении суду об отказе от обвинения) вывода о невиновности или необходимости освобождения лица от уголовной ответственности есть не что иное, как деятельность *в защиту* интересов обвиняемого. Здесь ощущается своеобразная юридическая интерференция, воздействие на принцип разделения функций другого уголовно-процессуального начала — преимущества защиты, которому в данном случае отдается предпочтение, ибо обвинитель может встать на позицию защиты, а защитник на позицию обвинения — нет.

Надо сказать, что понятие процессуальных функций изначально порождено теорией состязательного судопроизводства, ибо именно при этом процессуальном строе оно наиболее актуально — состязательные функции обвинения, защиты, судебного рассмотрения и разрешения дела (правосудия) позволяют не только изолировать между собой противоречивые интересы сторон, что само по себе уже служит залогом объективности процесса, но и обеспечить их встречу в открытом и честном судебном споре, что является для состязательного процесса источником движения и развития.

Итак, процессуальные функции — это такие направления процессуальной деятельности, которые объединяют различных участников судопроизводства в отдельные группы, определяют содержание их правового статуса, разграничивают в процессуальной деятельности противоречивые интересы и направляют их на достижение общих целей и задач уголовного судопроизводства. Коротко можно сказать, что *процессуальные функции* представляют собой основные направления процессуальной деятельности, в которых выражается специальная роль и назначение участников судопроизводства.

Правовой статус участника судопроизводства — это совокупность его прав и обязанностей, установленных нормами права и отвечающих выполняемой им процессуальной функции. Правовой статус не произволен, а определяется выполняемой участником функцией и не может выходить за ее границы. Так, например, неправомерно возлагать на суд обязанность возбуждать уголовные дела, так как это не согласуется с функцией правосудия, соответствуя функциональным задачам уголовного преследования; нельзя заставлять обвиняемого, подозреваемого или любое другое лицо давать показания против самого себя, ибо подобная обязанность есть принадлежность функции обвинения, а не защиты, и т.д.

Коль понятие функции отвечает за деление участников процесса на группы, причем по такому существенному и важному критерию, как различные процессуальные интересы, правомерно именно понятие функций положить в основание классификации участников. Если исходить из наличия уголовно-процессуальных функций правосудия, обвинения (уголовного преследования) и защиты, то классификация участников *в состязательном процессе* может выглядеть следующим образом.

1. Участники судопроизводства, выполняющие *функцию правосудия*, т.е. судебного рассмотрения и разрешения дел. Это, прежде всего, суд, рассматривающий дело по существу (*in judicio* — лат.), либо суд, пересматривающий дело в апелляционном порядке, в порядке кассации, надзора, ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, а равно судья, осуществляющий судебный контроль на предварительном рас-

следовании (т.е. действующий *in jure* — лат.)¹. Кроме того, функцию правосудия выполняют присяжные заседатели, когда производство в суде ведется с их участием.

2. Участники судопроизводства, выполняющие *функцию обвинения*. К ним принадлежат: прокурор, следователь, дознаватель², государственный обвинитель в суде. В выполнении функции обвинения участвует также потерпевший (его представитель), а также гражданский истец и его представитель, процессуальный интерес и действия которых обычно также направлены к изобличению и наказанию виновного.

3. Участники, выполняющие *функцию защиты*. Это подозреваемый, обвиняемый (подсудимый, осужденный, оправданный), законный представитель несовершеннолетнего обвиняемого, защитник, гражданский ответчик и его представитель.

4. Участники, выполняющие функцию *содействия правосудию*. В УПК РФ (гл. 8) они именуется «иными участниками уголовного судопроизводства». Данную функцию выполняют: свидетели, эксперты, специалисты, переводчики, понятые, секретарь судебного заседания.

Вместе с тем классификация участников состязательного процесса в зависимости от выполняемых ими функций не универсальна и хотя является главной, все же недостаточна для их всесторонней характеристики. Можно также разделить участников и по другим, вспомогательным критериям, в основе которых лежат особенности их правового статуса. Так, например, в зависимости от способности участников влиять на *направление производства по делу*, т.е. на принятие решений о начале производства по делу, или прекращении или продолжении производства, или передаче дела из одной стадии в другую, их можно классифицировать на *субъектов* уголовно-процессуальной деятельности (стороны обвинения и защиты) и *иных участников судопроизводства*. Среди иных участников судопроизводства можно выделить лиц, оказывающих *техническое содействие* властным субъектам (секретари судебного заседания, специалисты), и лиц, являющихся *источниками доказательств* (свидетели, эксперты, понятые и др.).

По критерию отношения к *властным полномочиям* самих субъектов можно подразделить на государственные органы, ведущие процесс и имеющие *полномочия* принимать решения по делу (суд, прокурор, органы предварительного расследования), и *лиц, участвующих в судопроизводстве*, — обвиняемый, потерпевший (его представитель), защитник, гражданский истец, гражданский ответчик, их представители и т.д., которые не имеют властных полномочий и не вправе принимать официальных решений по делу. Однако они могут занимать ту или иную процессуальную позицию, влияющую на направление дела. Так, согласие обвиняемого с предъявленным ему обви-

¹ В части 5 ст. 114 УПК предусмотрена особая процедура отстранения от должности руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации (губернатора края, председателя правительства республики). Генеральный прокурор РФ направляет Президенту РФ представление о временном отстранении от должности указанного лица, а Президент принимает решение об отстранении от должности или об отказе в этом. Таким образом, Президент РФ в этом случае является участником уголовного процесса, выполняя, по существу, судебную функцию.

² В действительности в российском уголовном процессе, так же как до него и в советском, названные участники выполняют не столько функцию обвинения, сколько функцию расследования, что связано с наличием на досудебных стадиях сильных элементов процесса розыскного типа (более подробно об этом см. § 5 настоящей главы).

нением может при определенных условиях повлечь постановление приговора без проведения судебного разбирательства (так называемый особый порядок принятия судебного решения — гл. 40). Примирение потерпевшего с обвиняемым или прощение обвиняемого потерпевшим (ст. 25) при определенных условиях способно повлечь прекращение уголовного дела и т.д.

§ 2. СУД

1. Функция суда в уголовном процессе

Суд — основной участник уголовного процесса и субъект уголовно-процессуальной деятельности. Выполнение *функции* рассмотрения и разрешения дел, т.е. функция *правосудия*, является его исключительной прерогативой. Правосудие — емкое понятие, которое не сводится лишь к деятельности в судебном разбирательстве по первой инстанции. В понятие правосудия надо включать не только деятельность судов первой и апелляционной инстанций по рассмотрению и разрешению дел в судебных заседаниях, но и *судебный надзор*, осуществляемый вышестоящими судами. Этот надзор имеет процессуальные формы и включает рассмотрение дел в кассационном порядке, в порядке надзора (в узком смысле) и ввиду новых и вновь открывшихся обстоятельств.

Кроме того, понятие правосудия охватывает и такой вид судебной деятельности, как *судебный контроль* на стадии предварительного расследования, для которого предусмотрены следующие формы: принятие судом решений о применении таких мер пресечения, как домашний арест и заключение под стражу, о производстве следственных действий, ограничивающих конституционные права личности на тайну переписки, почтовых, телеграфных и иных сообщений, на неприкосновенность жилища и др. (ч. 2 ст. 29 УПК). Такой судебный контроль не является рассмотрением дел *по существу*, он направлен не на решение вопроса об уголовной ответственности, а на создание условий для подготовки дела к судебному разбирательству и на защиту в уголовном процессе прав человека. Однако было бы неправильно отрывать подготовительные судебные действия от рассмотрения судом существа дела и принятия по нему итогового решения. Судебная деятельность по делу представляет собой единую *систему*, все части которой так или иначе нацелены на решение главного вопроса уголовного процесса — вопроса об уголовной ответственности и в этом смысле являются элементами правосудия. То, что судебный орган начинает свою работу еще на стадии предварительного расследования, говорит лишь о высокой степени развития правосудной деятельности, ее системном характере.

2. Самостоятельность судебной власти и независимость суда

Основополагающим для правового статуса суда является положение о его *самостоятельности* и *независимости*. Суды самостоятельны и осуществляют свою власть независимо от чьей бы то ни было воли, подчиняясь только Конституции РФ и федеральному закону. Судьи и присяжные заседатели в уголовном процессе, участвующие в отправлении правосудия, также независимы (ст. 5 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации»).

Самостоятельность и независимость — близкие понятия, отражающие некую степень свободы субъекта. Однако между ними есть и определенное различие. *Самостоятельность судов* есть внешнее выражение отделенности судебной власти от других властных ветвей — законодательной и исполнительной, что обеспечивает их взаимодействие в рамках общей государственно-демократической системы сдержек и противовесов. Самостоятельность судебной власти, таким образом, проистекает из более общего правового принципа разделения властей. Смысл принципа разделения властей состоит в обеспечении оптимальных условий для *взаимодействия* трех ветвей государственной власти, которые не могут действовать порознь. В этом отношении судебная власть зависит от законодательной, от которой она получает законы и которой, исполняя эти законы, она таким образом подчиняется. Судебная власть в определенной степени зависит и от власти исполнительной, поскольку фактическое исполнение судебных решений обычно определяется эффективностью действий органов исполнительной власти. Самостоятельность предполагает лишь разделение функций и невмешательство в текущую деятельность субъекта. Именно поэтому говорят не о независимости властей друг от друга, а только об их разделении, самостоятельности.

Понятие *независимости* вполне применимо к отдельным судьям и составам суда, но его использование в отношении всей судебной ветви государственной власти не вполне корректно, ибо независимость семантически предполагает возможность *автономной* деятельности субъекта, что вполне естественно для суда, рассматривающего юридическое дело, но не согласуется со смыслом принципа разделения властей и положением судебной власти в целом. Независимость судей имеет своим непосредственным источником не разделение властей, а состязательность процесса, поскольку всякое справедливое состязание нуждается в нейтральном арбитре.

Независимость суда гарантируется в уголовном судопроизводстве:

1. *Запретом на смешение в его деятельности судебных и каких-либо других процессуальных функций.* В частности, суд не вправе возбуждать уголовные дела, поскольку это является начальной формой уголовного преследования. Точно так же суд не правомочен направлять дела для производства дополнительного расследования, ибо это создавало бы неоправданное преимущество обвинителю. Однако если в судебном производстве имели место существенные нарушения закона, объективно не устранимые в судебном производстве, суд вправе возвратить дело прокурору для их устранения, при условии, что это не будет связано с восполнением неполноты произведенного дознания или следствия, т.е. с дополнительным расследованием.

Судья не может быть следователем, дознавателем, прокурором по рассматриваемому им уголовному делу, выполнять по нему любые другие процессуальные функции, кроме функции правосудия, — в противном случае он подлежит отводу (п. 1, 2 ч. 1 ст. 61 УПК). Даже судья, пребывающий в отставке, не вправе занимать должности прокурора, следователя и дознавателя (ч. 4 ст. 3 Федерального закона «О статусе судей в Российской Федерации»).

2. *Правом на отвод и самоотвод судей.* Дело не только в том, что при помощи этого института пристрастные судьи устраняются из процесса. Правосудие должно не только быть, но и представляться справедливым. Вот что по этому поводу говорил классик юридической мысли Чезаре Беккариа: «Принципу справедливости соответствует также предоставление обвиняемому возможности отводить, согласно какому-

нибудь определенному критерию, тех, кто кажется ему подозрительным. И если обвиняемому будет предоставлено какое-то время для беспрепятственной реализации этой возможности, то приговор суда будет выглядеть, как будто он вынесен обвиняемым самому себе»¹. Особенно эффективен в этих целях немотивированный отвод, когда обвиняемому предоставляется право отвести определенное количество судей, не затрудняя себя обоснованием этого. Естественно, что подобное право можно реализовать лишь в коллегиальном суде, причем тем легче, чем многочисленнее судейская коллегия.

3. *Запретом на навязывание суду чьего-либо постороннего мнения.* Всякое вмешательство в деятельность судей по осуществлению правосудия преследуется по закону. В своей деятельности по осуществлению правосудия они никому не подотчетны. Судья не обязан давать каких-либо объяснений по существу рассмотренных или находящихся в производстве дел, а также предоставлять их кому бы то ни было для ознакомления иначе как в случаях и порядке, предусмотренных процессуальным законом (ст. 10 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации»). Этот запрет распространяется на стороны как обвинения, так и защиты, как на участников процесса, так и не участвующих в нем лиц. В определенной степени он касается даже вышестоящих судебных инстанций, которые при возвращении дел на новое судебное рассмотрение не вправе давать суду первой инстанции обязательные указания по вопросам о доказанности или недоказанности обвинения, о достоверности или недостоверности доказательств и о преимуществе одних доказательств перед другими и т.д. (ч. 2 ст. 386, п. 2 ч. 7 ст. 410 УПК).

4. *Запретом в уголовном процессе на применение формальных критериев оценки доказательств.* Никакие доказательства не могут иметь здесь заранее установленной силы и оцениваются лишь по внутреннему убеждению (ст. 17 УПК). Это значит, что в интересах судебской независимости имеет свои пределы даже подчинение суда закону, который не должен устанавливать в уголовном процессе формальную систему доказательств.

5. *Правом суда в случае признания подсудимым своей виновности продолжить рассмотрение дела,* если собранные доказательства оставляют у него сомнения в достоверности такого признания (ч. 2 ст. 316 УПК).

6. *Гласностью судебного разбирательства.* Гласность сама по себе не делает суд независимым, однако затрудняет выражения судебской пристрастности и необъективности, быстро делая их предметом реагирования общественности.

7. *Участием в составе представителей народа* — шеффенов либо присяжных заседателей. Постоянные судьи нередко подвержены профессиональной психологической деформации — они ощущают себя частью государственного аппарата, чувствуют корпоративную солидарность с правоохранительными его частями (полицией, прокуратурой), задачи государства начинают заслонять для них интересы отдельных граждан, а индивидуальная справедливость может приноситься в жертву справедливости «высшей». Это порождает в действиях судьи тенденциозность, обвинительный уклон. Наконец, постоянного судью легче подкупить. Всех этих недостатков лишены или, по крайней мере, менее им подвержены представители народа в суде.

¹ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. М., 1995. С. 114.

8. *Служебным судебским иммунитетом.* Он выражается прежде всего в том, что судья не может быть привлечен к какой-либо юридической ответственности за выраженное им при осуществлении правосудия мнение и принятое решение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность судьи в преступном злоупотреблении либо вынесении заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного акта. Наложение на судью дисциплинарного взыскания (предупреждения, досрочного прекращения полномочий) может осуществляться лишь особым органом самого судебного сообщества — квалификационной коллегией судей. Решение по вопросу о привлечении судьи к административной ответственности принимается соответствующей судебной коллегией по представлению Генерального прокурора РФ (ст. 12¹, 16 Закона РФ от 26.06.92 № 3132-I «О статусе судей в Российской Федерации»). К уголовной ответственности судья может быть привлечен также при условии получения заключения соответствующей судебской коллегии о наличии в его действиях признаков преступления и согласия соответствующих квалификационных коллегий судей, избираемых органами судебного сообщества (собраниями, съездами или конференциями судей). Уголовное дело в отношении судьи по его требованию, заявленному до начала судебного разбирательства, должно быть рассмотрено только Верховным Судом РФ (ст. 452 УПК). Личность судьи неприкосновенна. Это значит, что судья, задержанный по подозрению в совершении преступления, задержанный или доставленный в правоохранительный орган в порядке производства по делам об административных правонарушениях, после установления его личности должен быть немедленно освобожден. Судебное решение об избрании в отношении судьи в качестве меры пресечения заключения под стражу исполняется с согласия квалификационной коллегии судей.

Принцип независимости распространяется также на присяжных заседателей при выполнении ими обязанностей в суде. Независимость присяжных заседателей обеспечивается: предусмотренной законом процедурой осуществления правосудия; запретом под угрозой ответственности чьего бы то ни было вмешательства в деятельность по осуществлению правосудия; неприкосновенностью присяжного заседателя. На присяжного заседателя на время исполнения им обязанностей в суде в полном объеме распространяются гарантии неприкосновенности судьи. Присяжный заседатель, члены его семьи и их имущество находятся под особой защитой государства. Органы внутренних дел обязаны принять необходимые меры по обеспечению безопасности присяжного заседателя, членов его семьи, сохранности принадлежащего им имущества, если от присяжного заседателя, исполняющего обязанности в суде, поступит соответствующее заявление, а также в случаях, когда обнаружат другие свидетельства угрозы безопасности указанных лиц или сохранности их имущества.

3. Виды уголовных судов и состав суда в Российской Федерации

Правосудие по уголовным делам в Российской Федерации осуществляется исключительно судами *общей юрисдикции*, входящими в судебную систему Российской Федерации. Это, во-первых, федеральные суды: Верховный Суд РФ, верховные суды республик, краевые и областные суды, суды городов федерального значения, суды автономной области и автономных округов, районные суды и военные суды. Во-вторых, это мировые судьи, относящиеся к судам субъектов Рос-

сийской Федерации. Принципиально важным является положение закона (п. 1 ст. 4 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации») о том, что создание судов, не предусмотренных названным Законом, не допускается. Это служит гарантией против создания чрезвычайных и произвольных судилищ.

В процессуальном смысле термин «суд» используется для обозначения не только суда как учреждения, но и отдельного судьи, действующего в пределах своей компетенции. Судья — это, согласно п. 54 ст. 5 УПК, должностное лицо, уполномоченное осуществлять правосудие. К числу судей принадлежат председатели, заместители председателей и члены судов. Присяжные заседатели не считаются *судьями*, так как согласно п. 1 ст. 11 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» судьями являются только лица, исполняющие свои обязанности на *профессиональной основе*. В то же время присяжные заседатели *участвуют* в судебном разбирательстве и вынесении вердикта (п. 30 ст. 5 УПК). Итак, суд может быть составлен как из судей (профессиональных юристов), так и из присяжных заседателей, представляющих в суде народный элемент.

Уголовные дела в суде первой инстанции рассматриваются коллегиально или единолично. В составе одного профессионального судьи (единолично) рассматривают уголовные дела:

- районные суды и гарнизонные военные суды, действующие в качестве судов первой инстанции, когда они принимают решения в ходе досудебного производства по уголовному делу (ст. 108, 125, 165 УПК);

- районные суды, гарнизонные военные суды, а также верховные суды республик, краевые (областные) суды, суды городов федерального значения, суды автономных областей и автономных округов, окружные (флотские) военные суды, Верховный Суд РФ при рассмотрении дел обо всех преступлениях (за исключением дел, рассматриваемых судом с участием присяжных заседателей, а также в составе трех профессиональных судей);

- мировые судьи;

- суды апелляционной инстанции.

В составе из трех профессиональных судей в Российской Федерации действуют следующие суды:

- районные суды, а также верховные суды республик, краевые (областные) суды, суды городов федерального значения, суды автономных областей и автономных округов, окружные (флотские) военные суды, Верховный Суд РФ при рассмотрении в первой инстанции дел о тяжких и особо тяжких преступлениях, из числа подсудных этим судам, при наличии ходатайства обвиняемого, заявленного до назначения судебного заседания;

- суды кассационных и надзорных инстанций (последние могут действовать также и в составе, состоящем более чем из трех судей).

В составе одного судьи верховного суда республики, краевого (областного) суда, суда города федерального значения, суда автономной области или автономного округа и коллегии из 12 присяжных заседателей по ходатайству обвиняемого рассматриваются уголовные дела о преступлениях, указанных в ч. 3 ст. 31, т.е. относящиеся к подсудности областных, краевых и равных им по компетенции судов.

§ 3. ОРГАНЫ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

Уголовное преследование и предварительное расследование

Уголовное преследование — это процессуальная деятельность, направленная на раскрытие преступлений, изобличение лиц, виновных в их совершении, и привлечение их к уголовной ответственности. В состязательном судопроизводстве уголовное преследование есть не что иное, как *государственное обвинение* перед судебным органом, т.е. выполнение функции обвинения. Поэтому в дальнейшем там, где имеется в виду чисто состязательная конструкция процесса, мы будем для простоты употреблять эти понятия как идентичные, используя термин «функция уголовного преследования» наравне с понятием «функция обвинения». Напротив, в розыскной модели процесса, где не существует отдельной функции обвинения, уголовное преследование реализуется в рамках другой функции — *функции расследования*, однако оно не исчерпывает до конца содержания последней, поскольку кроме задачи уголовного преследования функция расследования одновременно охватывает и другие задачи, выполняемые субъектом расследования, в частности, разрешение дела и др. (более подробно об этом см. § 5 настоящей главы).

Уголовное преследование и органы государства, его проводящие, — исключительное достояние уголовного процесса. Гражданское судопроизводство в подобных специализированных органах не нуждается, ибо в основном имеет дело с нарушениями частного интереса, для защиты которого обычно достаточно усилий физических и юридических лиц, в то время как преступления, как правило, посягают на публичный правопорядок, и потому государство как главный выразитель публичного интереса заинтересовано взять дело преследования правонарушений в свои руки. Имеется и еще ряд дополнительных, но тем не менее весьма важных причин, почему уголовное обвинение должно иметь по общему правилу форму государственного уголовного преследования. Так, следует отметить, что всякое преступление общественно опасно, а потому общество, потерпевший, свидетели зачастую нуждаются в незамедлительной защите от посягательств правонарушителя — как в момент совершения преступления, так и в дальнейшем, в ходе разбирательства дела. Такую защиту эффективно может обеспечить лишь государство. Наконец, преступление, в отличие от гражданского правонарушения, часто бывает *неочевидно*, т.е. совершается скрытно, а преступник стремится уничтожить или замаскировать следы преступления либо скрыться от правосудия. Его изобличение при этом требует особой профессиональной подготовки, привлечения значительных сил и средств. Такая особенность требует деятельности по раскрытию преступления и проведению предварительного расследования, с чем также лучше всего справляются именно государственные органы.

Уголовное преследование в российском уголовном процессе может осуществляться в публичном, частно-публичном и частном порядке (ст. 20 УПК). В делах *публичного обвинения* обвинителем является государственный орган: прокурор, следователь, дознаватель, который обязан возбудить уголовное дело и принять меры по изобличению преступника вне зависимости от просьбы потерпевшего. В делах *частного обвинения* обвинителем является сам потерпевший, поэтому дело возбуждается по его заявлению и подлежит прекращению при его отказе от обвинения (примирении с обвиняемым). Дела *частно-публичного обвинения* возбуждаются только по заявлению

потерпевшего, но автоматическому прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым не подлежат.

§ 4. ПРОКУРОР В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

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). Таким образом, прокурор в российском уголовном процессе совмещает процессуальную деятельность по уголовному преследованию и государственно-правовую по своему происхождению функцию надзора за соблюдением законов. Надзор прокурора, по буквальному смыслу ст. 37, распространяется исключительно на деятельность органов дознания и органов предварительного следствия, относящихся в России к исполнительным органам власти в уголовном процессе, и не затрагивает суд, а равно деятельность защитника.

Надзорная функция прокурора на предварительном расследовании проявляется там, где он руководствуется исключительно интересами строгого и точного исполнения закона, жертвуя ради этого, если потребуются, даже эффективностью уголовного преследования. *Уголовное преследование* реализуется в тех прокурорских полномочиях, которые нацелены на максимально эффективное и целесообразное обеспечение *неотвратимости* уголовной ответственности лиц, совершивших преступления. Если говорить о критерии разделения этих видов деятельности еще проще, то функция надзора следует лишь началу *законности*, в то время как уголовное преследование, кроме того, — и началу *целесообразности*.

Прокурор в российском уголовном процессе в настоящее время полностью освобожден от ответственности за руководство предварительным *следствием*, что само по себе есть уникальная новация¹. Полномочия по руководству расследованием остались у прокурора только в отношении упрощенной и ускоренной формы предварительного расследования — дознания. Теперь функция *уголовного преследования* осуществляется прокурором на предварительном следствии *в основном* лишь постольку, поскольку он участвует в подготовке и формировании будущего государственного обвинения в суде². Эта функция проявляет себя здесь главным образом на завершающем этапе расследования — в полномочиях прокурора при рассмотрении уголовного дела, поступившего к нему от следователя с обвинительным заключением (гл. 31 УПК). Важно подчеркнуть — только с этого момента прокурор становится ответственным за качество обвинения, которое прокуратуре придется в дальнейшем поддерживать в суде. Таким образом, теоретически, прокурор свободен для осуществления более объективного надзора в стадии возбуждения уголовного дела и на ранних этапах предварительного следствия.

¹ См.: Федеральный закон от 05.06.2007 № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» и Федеральный закон от 17.01.92 г. «О прокуратуре Российской Федерации» (в ред. от 05.06.2007 г.) // Российская газета. 08.06.2007 г.

² Исключение составляют лишь определенные полномочия прокурора по инициированию уголовного преследования в стадии возбуждения уголовного дела (п. 2 ч. 2 ст. 37, ч. 6 ст. 148 УПК). См. о них далее в этом параграфе.

В результате этих нововведений строй российского уголовного процесса изменился. Теперь, вплоть до момента утверждения им обвинительного заключения, прокурор еще не является в полном смысле слова уголовным преследователем и потому *до некоторой степени* призван исполнять роль арбитра между сторонами обвинения и защиты, принимая меры по устранению допущенных следователями нарушений закона. Тем самым объективно создаются предпосылки для некоторого усиления состязательности на предварительном следствии.

Однако следует заметить, что названное разделение функций в российском уголовном процессе имеет пока не вполне последовательный характер. Прокуратуре, которая исторически сложилась именно как орган государственного уголовного преследования, всегда будут значительно ближе интересы обвинения, нежели роль беспристрастного арбитра в споре сторон. Процессуальная судебная функция, характерная для состязательного процесса, подменяется здесь, по сути, государственно-правовой функцией прокурорского надзора, которая остается для уголовного процесса внешним заимствованием. Вместо воображаемого равностороннего состязательного «треугольника», естественным образом образуемого функциями обвинения, защиты (в его основании) и правосудия (в вершине), имеет место, так сказать, «прямоугольный треугольник». В нем функции обвинения и прокурорского надзора комплиментарно связаны между собой по кратчайшему расстоянию (вертикальному катету), а функция защиты гораздо более удалена от вершины (прокурорского надзора) — на расстояние гипотенузы. В истинно состязательном духе вопрос может быть решен лишь тогда, когда между уголовным преследователем и стороной защиты на предварительном следствии будет поставлен независимый и беспристрастный судебный орган — следственный судья. В этом смысле прокурору и следственному органу в перспективе следовало бы поменяться местами. Прокурору, по нашему убеждению, необходимо вернуться к естественной для него роли руководителя уголовного преследования, имея в своем полном процессуальном подчинении органы дознания. В то же время судебно-следственный орган должен проводить — в основном по требованию сторон обвинения и защиты — следственные действия по легализации в качестве судебных доказательств собранных сторонами материалов (например, подвергая перекрестному допросу с участием сторон представленных ими свидетелей и т.д.). Он, кроме того, должен осуществлять судебный контроль над процессом предъявления обвинения, а также за применением мер процессуального принуждения и соблюдением органами уголовного преследования прав граждан. Именно по такой либо близкой модели организовано предварительное расследование в процессуальных системах Англии, США, Испании, Италии и до некоторой степени Германии, Франции и др.

Надзорная функция прокурора конкретизируется в его полномочиях.

Полномочия прокурора по надзору за законностью и обоснованностью возбуждения уголовных дел

1. Проверять исполнение требований федерального закона при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях (п. 1 ч. 2 ст. 37).
2. Получать от органов предварительного расследования уведомления о возбуждении уголовного дела (ч. 4 ст. 146) и об отказе в возбуждении уголовного дела (ч. 4 ст. 148).
3. Отменять постановление о возбуждении уголовного дела, если он признает постановление о возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным (ч. 4

ст. 146). Прокурор при осуществлении этого полномочия вправе истребовать от органа предварительного расследования материалы доследственной проверки.

4. Продлевать срок проверки дознавателем сообщения о преступлении до 30 суток при необходимости проведения документальных проверок или ревизий (ч. 3 ст. 144).

5. Давать дознавателю (но не следователю) согласие на возбуждение уголовного дела, которое в иных случаях относилось бы к категории частного обвинения, т.е. если преступление совершено в отношении лица, которое в силу зависимого или беспомощного состояния либо по иным причинам не может защищать свои права и законные интересы (ч. 4 ст. 20, ч. 4 ст. 147, ч. 3 ст. 318).

Полномочия прокурора по обеспечению надлежащего субъекта предварительного расследования

1. Определять подследственность уголовных дел в случае возникновения вопроса или спора о подследственности между органами предварительного расследования (ч. 3 ст. 146, ч. 8 ст. 151).

2. Передавать уголовное дело от одного органа предварительного расследования другому в соответствии с правилами подследственности, установленными ст. 151 (п. 12 ч. 2 ст. 37).

3. Разрешать отводы, заявленные участниками процесса дознавателю, а также его самоотводы (п. 9 ч. 2 ст. 37).

4. Отстранять дознавателя от дальнейшего производства расследования, если им допущено нарушение требований УПК (п. 10 ч. 2 ст. 37).

5. Давать письменные указания о передаче уголовных дел, обычно подследственных органам дознания (п. 1 ч. 3 ст. 150), для производства предварительного следствия (ч. 4 ст. 150).

6. Давать письменные указания органам дознания о производстве дознания по уголовным делам об иных (помимо тех, что указаны в п. 1 ч. 3 ст. 150 в качестве обычной подследственности для дознания) преступлениях небольшой и средней тяжести (п. 2 ч. 3 ст. 150), которые иначе были бы подследственны следователю.

Данное полномочие, на наш взгляд, следует толковать ограничительно, ибо прокурор не наделен правом давать следователю указания о передаче дела дознавателю. Указания прокурора следователю предусмотрены законом только для трех случаев: а) когда он требует от органов дознания и следственных органов устранения нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе дознания или предварительного следствия (п. 3 ч. 2 ст. 37); б) при возвращении прокурором уголовного дела следователю для производства дополнительного следствия с целью устранения выявленных недостатков проведенного расследования (п. 2 ч. 1 ст. 221); в) при разрешении прокурором спора о подследственности (ч. 8 ст. 151). Ни о нарушениях законодательства, ни об устранении выявленных недостатков здесь речи не идет; спор о подследственности в данном случае также отсутствует, поскольку имеется в виду лишь дискреционное полномочие прокурора определять форму предварительного расследования. Таким образом, реализовать свое право перераспределять в пользу органов дознания производство расследования по уголовным делам об «иных преступлениях небольшой и средней тяжести» прокурор практически может (при отсутствии споров о подследственности), если только дело еще не находится в производстве следователя, а именно: 1) при вынесении прокурором мотивированного постановления о направлении материалов в орган дознания для решения вопроса об уголовном пре-

следовании по фактам выявленных прокурором нарушений уголовного законодательства (п. 2 ч. 2 ст. 37); 2) по окончании производства органом дознания неотложных следственных действий по делам, по которым производство предварительного следствия в другом случае являлось бы обязательным (ст. 157). Однако и это невозможно, когда дознание должно производиться следователями Следственного комитета при прокуратуре РФ по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных всей ч. 3 ст. 150, совершенных лицами, указанными в подп. «б» и «в» п. 1 ч. 2 ст. 151 (п. 7 ч. 3 ст. 151).

7. Изымать любое уголовное дело у органа предварительного расследования федерального органа исполнительной власти (при федеральном органе исполнительной власти) и передавать его следователю Следственного комитета при прокуратуре РФ с обязательным указанием оснований такой передачи (п. 12 ч. 2 ст. 37).

Представляется, что с учетом перераспределения полномочий по руководству предварительным следствием в пользу руководителей следственных подразделений основаниями для такой передачи могут служить лишь нарушения, подпадающие под действие прокурорского надзора, предметом которого является законность, но не целесообразность действий следователя, как-то: грубые нарушения следователем правовых норм; отказ следователя от выполнения требований прокурора об устранении нарушений законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия, и т.п. Таким образом, прокурор, в зависимости от конкретной обстановки, может избирать любой способ реагирования на нарушения федерального закона — не только, как отмечалось выше, обжаловать действия следователя вышестоящему руководству либо не утвердить обвинительное заключение и дать следователю указания о производстве дополнительного расследования (ч. 1 ст. 221), но и изъять уголовное дело у органа предварительного расследования федерального органа исполнительной власти и передать его следователю Следственного комитета при прокуратуре РФ.

Полномочия прокурора по надзору за законностью производства предварительного расследования

1. Рассматривать жалобы на действия дознавателя и следователя (ст. 124).

2. Требовать от органов дознания и следственных органов устранения нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе дознания или предварительного следствия (п. 3 ч. 2 ст. 37).

Это полномочие прокурора подкреплено в УПК нормой о том, что законные требования, поручения и запросы прокурора обязательны для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами (ч. 4 ст. 21). Кроме того, прокурор может вызывать должностных лиц органов дознания и предварительного следствия, а также граждан для объяснений по поводу нарушений законов¹. Впрочем, надо иметь в виду, что требования прокурора (за исключением Генерального прокурора РФ — ч. 6 ст. 37) об устранении нарушений законодательства не являются строго обязательными для следователя. Дело в том, что, будучи не согласен с требованиями прокурора (т.е. не считая их законными), следователь может представить свои письменные возражения на них руководителю своего следственного органа (ч. 3 ст. 38). Именно этот руководитель и решает, согласиться или не согласиться с требованиями прокурора. Соглашаясь с ними, он дает следователю пись-

¹ См. п. 1.2 приказа Генерального прокурора РФ от 10.09.2007 № 140 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях в органах дознания и предварительного следствия».

менные указания об исполнении названных требований, а в случае несогласия — информирует прокурора об отказе от исполнения этих требований (ч. 4 ст. 39). Реакцией прокурора на этот отказ может быть обращение с требованием об устранении нарушений к руководителям вышестоящих следственных органов, вплоть до Председателя Следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации или руководителя следственного органа федерального органа исполнительной власти (например, Следственного комитета при МВД России). В случае же, если и они не соглашаются с требованиями прокурора, он далее может обратиться за разрешением спора лишь к Генеральному прокурору Российской Федерации, решение которого является окончательным.

3. Отменять незаконные или необоснованные постановления нижестоящего прокурора, а также незаконные или необоснованные постановления дознавателя (п. 6 ч. 2 ст. 37). Что же касается незаконных или необоснованных постановлений следователя, то надо помнить, что правом отменять их обладает только руководитель следственного органа (п. 2 ч. 1 ст. 39).

4. Получать от органов предварительного расследования уведомления:

— о произведенном задержании подозреваемого в течение 12 часов с момента задержания (ч. 3 ст. 92);

— освобождении подозреваемого, когда постановление судьи о применении к подозреваемому меры пресечения в виде заключения под стражу либо продлении срока задержания не поступит в течение 48 часов с момента задержания (ч. 3 ст. 94)¹;

— направлении дознавателем уведомления лицу о наличии в отношении него подозрения в совершении преступления, причем прокурору направляется копия этого уведомления (ч. 3 ст. 223¹);

— неотложном производстве ряда следственных действий (осмотра жилища, обыска и выемки в жилище, личного обыска, а также наложения ареста на имущество, указанного в ч. 1 ст. 104¹ УК), ограничивающих конституционные права граждан (ч. 5 ст. 165), а также об отмене ареста корреспонденции (ч. 6 ст. 185);

— приостановлении предварительного следствия (ч. 2 ст. 208);

— возобновлении предварительного следствия (ч. 3 ст. 211);

— прекращении уголовного дела или уголовного преследования (ч. 1 ст. 213).

Полномочия прокурора по надзору за применением мер процессуального принуждения

1. Давать дознавателю (но не следователю) согласие на возбуждение перед судом ходатайства об избрании, отмене или изменении меры пресечения либо о производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения (п. 5 ч. 2 ст. 37).

2. Участвовать в судебных заседаниях при рассмотрении в ходе досудебного производства (как следствия, так и дознания) вопросов об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, о продлении срока содержания под стражей либо об отмене или изменении данной меры пресечения, а также при рассмотрении ходатайств о производстве иных процессуальных действий, которые допускаются на основании судебного решения, и при рассмотрении жалоб (п. 8 ч. 2 ст. 37, ст. 125). Прокурор либо по его поручению лицо, возбудившее такое ходатайство, обосновывает его в судебном заседании.

¹ Такое уведомление направляет начальник места содержания подозреваемого.

3. Установив, что следователь нарушил требования ч. 5 ст. 109 УПК¹, а предельный срок содержания обвиняемого под стражей истек, отменять данную меру пресечения (ч. 2 ст. 221).

4. Давать дознавателю согласие ходатайствовать перед судом о переводе лица, содержащегося под стражей, в психиатрический стационар (ч. 1 ст. 435).

5. Давать согласие на уведомление родственников подозреваемого о его задержании при необходимости сохранения в интересах предварительного расследования в тайне факта задержания (ч. 4 ст. 96). Следует сказать, что данное полномочие звучит определенным диссонансом с точки зрения идеи разделения функций расследования (следствия) и прокурорского надзора. Надзор, субъектом которого до утверждения обвинительного заключения является прокурор, по определению должен стремиться к тому, чтобы быть максимально беспристрастным, поэтому ему не следует руководствоваться «интересами предварительного расследования», т.е. в данном контексте — интересами стороны уголовного преследования. Названное полномочие более уместно при проведении расследования в форме дознания.

Надзорные полномочия прокурора при направлении ему уголовного дела с обвинительным заключением (актом)

1. Признавать недопустимыми доказательства, полученные с нарушением требований УПК и федеральных законов (ч. 2, 3 ст. 88).

2. Принимать решение о направлении уголовного дела вышестоящему прокурору для утверждения обвинительного заключения, если оно подсудно вышестоящему суду (п. 3 ч. 1 ст. 221).

3. Прекращать уголовное дело, поступившее от дознавателя с обвинительным актом (п. 3 ч. 1 ст. 226).

Полномочия прокурора по реабилитации лица и иной непосредственной защите прав личности

1. Принимать предусмотренные гл. 18 УПК меры по реабилитации лица в случаях прекращения уголовного дела по основаниям, предусмотренным п.1 и 2 ч. 1 ст. 24 и п. 1 ч. 1 ст. 27 (ч. 2 ст. 212).

2. Утверждать постановление дознавателя о прекращении производства по уголовному делу (п. 13 ч. 2 ст. 37).

3. Прекращать уголовное дело при рассмотрении постановления следователя о направлении дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера (п. 3 ч. 5 ст. 439).

4. Отказаться от поддержания обвинения, если в ходе судебного разбирательства он придет к убеждению, что представленные доказательства не подтверждают предъявленное подсудимому обвинение (ч. 7 ст. 246)².

¹ То есть, если материалы оконченого расследованием уголовного дела не были предъявлены следователем обвиняемому, содержащемуся под стражей, и его защитнику в пределах 30 суток до окончания предельного срока содержания под стражей.

² Вероятно, на это может найтись возражение, состоящее в том, что отказ от обвинения является продолжением (оборотной стороной, конечным пунктом) обвинительной деятельности в случае, если прокурор придет в суде к убеждению в неосновательности обвинения. Мы не разделяем подобного мнения, поскольку, отказываясь от поддержания государственного обвинения, прокурор руководствуется уже не интересами (целью) уголовного преследования, а единственно лишь интересами законности.

*Надзорные полномочия прокурора в порядке судебного пересмотра судебных решений, вступивших в законную силу*¹

1. Вносить надзорные представления о пересмотре вступивших в законную силу приговоров, определений, постановлений суда (ст. 402).

2. Возбуждать производство ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств (ст. 415).

3. В порядке осуществления уголовного преследования у прокурора сохранились следующие полномочия.

Полномочия прокурора по инициированию уголовного преследования

1. Выносить мотивированное постановление о направлении соответствующих материалов в следственный орган или орган дознания для решения вопроса об уголовном преследовании по фактам выявленных прокурором нарушений уголовного законодательства (п. 2 ч. 2 ст. 37).

2. Признав отказ следователя в возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, выносить мотивированное постановление о направлении соответствующих материалов руководителю следственного органа для решения вопроса об отмене постановления об отказе в возбуждении уголовного дела (ч. 6 ст. 148).

3. Признав постановление органа дознания, дознавателя об отказе в возбуждении уголовного дела незаконным или необоснованным, отменить его и направить соответствующее постановление начальнику органа дознания со своими указаниями (ч. 6 ст. 148).

Полномочия прокурора по руководству дознанием

1. Давать дознавателю письменные указания о направлении расследования, производстве процессуальных действий.

2. Продлевать срок дознания (ст. 223).

Полномочия прокурора по формированию государственного обвинения

1. Утверждать обвинительное заключение или обвинительный акт по уголовному делу (п. 14 ч. 2 ст. 37, п. 1 ч. 1 ст. 221, п. 1 ч. 1 ст. 226).

2. Возвращать уголовное дело дознавателю, следователю со своими письменными указаниями о производстве дополнительного расследования, об изменении объема обвинения либо квалификации действий обвиняемых или для пересоставления обвинительного заключения или обвинительного акта и устранения выявленных недостатков (п. 15 ч. 2 ст. 37, п. 2 ч. 1 ст. 221, п. 2 ч. 1 ст. 226).

3. Направлять уголовное дело в суд после утверждения обвинительного заключения (акта); вручать копии обвинительного заключения (акта) с приложениями обвиняемому, а также защитнику и потерпевшему, если они ходатайствуют об этом (ст. 222, 226).

Полномочия прокурора по поддержанию государственного обвинения в суде.

1. Поддерживать государственное обвинение и быть субъектом доказывания (ч. 1 ст. 86) в ходе судебного производства по уголовному делу (ч. 3 ст. 37, ч. 5 ст. 246).

¹ В отличие от внесения прокурором представлений в апелляционную и кассационную инстанции, данные действия осуществляются, прежде всего, в интересах соблюдения законности, в том числе в пользу осужденного. После вступления решения суда в законную силу спор сторон прекращается, поэтому прокурор выступает в этих стадиях процесса (надзорного пересмотра и возобновления производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств) не как представитель стороны обвинения, а как блюститель законности. Подробнее об этом см. гл. 26 учебника.

2. Вступать в уголовное дело частного обвинения (ч. 4 ст. 318).

*Полномочие прокурора по пересмотру не вступивших в законную силу судебных решений*¹ — вносить апелляционные и кассационные представления на не вступившие в законную силу решения судов первой и апелляционной инстанций (ст. 354).

Полномочия прокурора в порядке международного сотрудничества в сфере уголовного процесса

1. Вносить через Генеральную прокуратуру РФ запрос о производстве на территории иностранного государства допроса, осмотра, выемки, обыска, судебной экспертизы или иных процессуальных действий, предусмотренных УПК РФ, органами иностранного государства в соответствии с международным договором РФ, международным соглашением или на основе принципа взаимности (ч. 1 ст. 453).

2. Исполнять переданные в установленном порядке запросы о производстве процессуальных действий, поступившие от соответствующих компетентных органов и должностных лиц иностранных государств, в соответствии с международными договорами РФ, международными соглашениями или на основе принципа взаимности (п. 1 ст. 457).

3. Принимать решения по вопросу о направлении материалов возбужденного и расследуемого уголовного дела о совершении преступления на территории РФ иностранным гражданином, впоследствии оказавшимся за ее пределами, и невозможности производства процессуальных действий с его участием на территории РФ в компетентные органы иностранного государства для осуществления уголовного преследования. Это полномочие принадлежит только Генеральной прокуратуре РФ (ст. 458).

4. Принимать решения по запросам компетентных органов иностранных государств об уголовном преследовании граждан РФ, совершивших преступление на территории иностранного государства и возвратившегося в РФ. Это также прерогатива лишь Генеральной прокуратуры РФ (ч. 1 ст. 459).

5. Принимать решения о направлении в соответствующий компетентный орган иностранного государства запроса о выдаче лица, находящегося на территории данного государства. Данное полномочие осуществляется лишь Генеральной прокуратурой РФ (ч. 3 ст. 460).

6. Принимать решения по запросам о выдаче иностранного гражданина или лица без гражданства, находящихся на территории Российской Федерации, обвиняемых в совершении преступления или осужденных судом иностранного государства. Правом решать этот вопрос обладают лишь Генеральный прокурор РФ или его заместитель (ч. 4, 7 ст. 462, ст. 465).

7. Направлять в суд материалы, подтверждающие законность и обоснованность решения о выдаче лица в случае обжалования в суд этого решения (ч. 3 ст. 463).

8. Принимать решения по вопросу об избрании меры пресечения в целях обеспечения возможности выдачи лица при получении от иностранного государства запроса о выдаче лица, если при этом не представлено решение судебного органа об избрании в отношении данного лица меры пресечения в виде заключения под стражу (ч. 1 ст. 466). См. комм. к ст. 466.

¹ В отличие от внесения прокурором представлений в порядке надзора или заключений по новым или вновь открывшимся обстоятельствам, данные действия осуществляются, прежде всего, в интересах уголовного преследования, которое прокурор поддерживал в судебном разбирательстве.

9. Подвергать лицо, в отношении которого поступил запрос о выдаче, домашнему аресту или заключить его под стражу без подтверждения указанного решения судом РФ, если к запросу прилагается решение судебного органа иностранного государства о заключении лица под стражу (ч. 2 ст. 466).

§ 5. СЛЕДОВАТЕЛЬ

Говоря о субъектах производства предварительного следствия, российский законодатель использует два разных термина: органы предварительного следствия (ч. 2 ст. 1, ч. 1 ст. 37 и др. УПК) и следователь. Но если понятие органа предварительного следствия в законе только упоминается, но прямо не раскрывается, то следователь определяется как *должностное лицо*, уполномоченное в пределах своей компетенции осуществлять предварительное следствие по уголовному делу (п. 41 ст. 5, ч. 1 ст. 38 УПК). В отличие от ранее действовавшего процессуального закона (ст. 125 УПК РСФСР), УПК РФ не именует следователя *органом предварительного расследования*, называя его просто *должностным лицом*. Это значит, что полномочия следователя ограничены в пользу органа предварительного следствия (следственного органа, или следственного подразделения), представляемого его руководителем.

Основные полномочия, образующие процессуальный статус следователя, могут быть объединены в следующие группы.

Полномочия по решению вопроса о возбуждении уголовного дела

1. Принимать и проверять сообщение о любом совершенном или готовящемся преступлении (ч. 1 ст. 144).

2. Возбуждать уголовное дело.

3. Отказывать в возбуждении уголовного дела (ч. 1 ст. 148).

Полномочия по обеспечению надлежащего субъекта производства предварительного следствия

1. Принимать уголовное дело к своему производству (п. 2 ч. 2 ст. 38). В ст. 149 УПК, где речь идет о направлении уголовного дела после его возбуждения, не говорится о вынесении следователем специального решения *о принятии дела к своему производству*, однако, по смыслу ч. 1 ст. 156, в постановлении о возбуждении дела следователь, дознаватель указывает о принятии им уголовного дела к своему производству.

2. Передавать уголовное дело руководителю следственного органа для направления по подследственности (п. 2 ч. 2 ст. 38, ч. 1 ст. 146).

3. Заявлять самоотвод при наличии обстоятельств, исключающих его участие в производстве по делу (ст. 62).

Полномочия по направлению хода расследования

В законе не раскрывается понятие «направление расследования», или, что то же самое, «направление хода расследования» (п. 4 ч. 2 ст. 37, п. 3 ч. 2 ст. 38, п. 3 ч. 1 ст. 39 УПК РФ). На наш взгляд, оно включает в себя: во-первых, полномочия по определению *предмета предварительного следствия*; во-вторых, полномочия по *направлению уголовного дела*.

Определение *предмета предварительного следствия* состоит в том, что следователь может самостоятельно: а) выдвигать версии, т.е. подлежащие следственной и оперативно-розыскной проверке предположения, касающиеся, прежде всего, события преступления, лиц, виновных в его совершении, форм их вины и мотивов дей-

ствий, а также других фактических обстоятельств дела; б) квалифицировать инкриминируемые преступления; в) определять вопросы и обстоятельства, которые необходимо выяснить по каждой версии, эпизоду или по делу в целом (т.е. *объем обвинения*); г) устанавливать источники доказательственной информации, подлежащей исследованию; д) определять круг следственных действий, необходимых по данному делу; е) вносить запрос о производстве компетентным органом или должностным лицом иностранного государства процессуальных действий на территории иностранного государства в соответствии с международным договором РФ, международным соглашением или на основе принципа взаимности (ч. 1 ст. 453).

Направление уголовного дела — это определение его дальнейшей процессуальной судьбы, т.е. принятие решений, определяющих движение дела от одного процессуального этапа или стадии в другие. Именно в подобном смысле данное понятие встречается в УПК РФ (ст. 149, 157, гл. 30, ст. 222, 386, 451, 458). Следователь самостоятельно направляет уголовное дело, принимая решения:

- 1) о привлечении лица в качестве обвиняемого (ст. 171);
- 2) выделении из уголовного дела в отдельное производство другого уголовного дела (ст. 154), а также материалов, содержащих сведения о новом преступлении, не связанном с расследуемым (ст. 155);
- 3) приостановлении и возобновлении предварительного расследования (ст. 208, 211);
- 4) прекращении уголовного дела или уголовного преследования (ст. 212, 213);
- 5) направлении дела с обвинительным заключением прокурору (ч. 6 ст. 220).

Полномочия по применению мер процессуального принуждения

1. Возбуждать перед судом с согласия руководителя следственного органа ходатайство об избрании меры пресечения или о производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения (ч. 1 ст. 165).
2. Задерживать лицо по подозрению в совершении преступления (ст. 91).
3. В пределах своих полномочий избирать обвиняемому или подозреваемому меру пресечения (ст. 97).
4. Составлять протокол о неисполнении участниками производства по делу своих процессуальных обязанностей и направлять его в суд для наложения на нарушителя денежного взыскания (ст. 118).
5. Давать органу дознания обязательные для исполнения письменные поручения о проведении оперативно-розыскных мероприятий, производстве отдельных следственных действий, об исполнении постановлений о задержании, приводе, об аресте, о производстве иных процессуальных действий, а также получать содействие при их осуществлении (п. 4 ч. 2 ст. 38, ч. 7 ст. 164, ст. 210).

Полномочия следователя по обеспечению своей процессуальной самостоятельности

1. Представлять свои письменные возражения руководителю следственного органа при несогласии с требованиями прокурора об устранении нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия (ч. 3 ст. 38).
2. Обжаловать с согласия руководителя следственного органа решение прокурора о возвращении уголовного дела следователю для производства дополнительного следствия, изменения объема обвинения либо квалификации действий обвиняемых или составления обвинительного заключения и устранения выявленных недостатков (п. 2 ч. 1, ч. 4 ст. 221).

3. Обжаловать указания руководителя следственного органа, за исключением предусмотренных ч. 4 ст. 39, руководителю вышестоящего следственного органа. При этом следователь вправе до принятия решения руководителем вышестоящего следственного органа приостанавливать исполнение указаний, если они касаются изъятия уголовного дела и передачи его другому следователю, привлечения лица в качестве обвиняемого, квалификации преступления, объема обвинения, избрания меры пресечения, производства следственных действий, которые допускаются только по судебному решению, а также направления дела в суд или его прекращения (ч. 3 ст. 39).

4. В отношении следователя для обеспечения его процессуальной самостоятельности применяется особый порядок возбуждения уголовного дела или привлечения в качестве обвиняемого (ст. 448).

Полномочия по обеспечению законных интересов подозреваемого, обвиняемого и других участников предварительного следствия

1. Рассматривать ходатайства участников предварительного следствия (ст. 159).

2. Принимать меры попечения о детях, об иждивенцах подозреваемого или обвиняемого и меры по обеспечению сохранности его имущества, меры к неразглашению данных предварительного расследования (ст. 160, 161).

Принимая во внимание, что следователь по УПК РФ отнесен к числу участников процесса со стороны обвинения (гл. 6), на первый взгляд, можно было бы сделать вывод, что он выполняет здесь лишь функцию обвинения. Однако анализ показывает, что ряд полномочий следователя являются не чем иным, как проявлением судебной по своей изначальной природе функции¹. Состязательный процесс предполагает наличие трехстороннего правоотношения, когда между уголовным преследователем и защитой стоит нейтральный арбитр — судебный орган, который и принимает все основные решения по делу. В отсутствие такого арбитра обвиняемый и защитник находятся в неравном положении с органами предварительного расследования и прокурором. Какой бы объем прав ни был продекларирован законом для обвиняемого и защитника, их практическая реализация в этих условиях слишком во многом будет зависеть от усмотрения органа уголовного преследования, ведущего процесс. Судебная функция (функция правосудия) в состязательном процессе с теоретической точки зрения предполагает не только судебное рассмотрение и окончательное разрешение в приговоре вопроса об уголовной ответственности обвиняемого, но и разрешение ряда промежуточных вопросов, непосредственно связанных с уголовной ответственностью. Это вопросы о привлечении лица в качестве обвиняемого по первоначальному обвинению, предъявленному ему перед судом уголовным преследователем, а также о прекращении уголовного дела и приостановлении расследования после предъявления такого обвинения. Кроме того, при состязательном построении процесса лишь суд может разрешать вопрос о применении к подозреваемому и обвиняемому мер процессуального принуждения (прежде всего мер пресечения), а также вопрос об отводе защитника. Сама сторона обвинения в условиях состязательности не должна применять такие меры к своему процессуальному противнику — стороне защиты, ибо этому препятствует принцип равенства сторон (редкое исключение составляют некоторые меры, такие, как задержание подозреваемого — в силу их не-

¹ Как остроумно отмечал проф. М.С. Строгович, «предварительное следствие — это функция юстиции, а не милиции» (см. *Строгович М.С. О дознании, предварительном следствии и о едином следственном аппарате* // Соц. законность. 1957. № 5. С. 23).

отложного характера). По причине действия того же принципа суд рассматривает также ходатайства участников процесса и их жалобы на нарушения процессуальных прав органами уголовного преследования. Наконец, только суд решает вопрос о том, можно ли допускать к рассмотрению в судебном разбирательстве в качестве *судебных* доказательств те или иные материалы, которые представляют ему стороны; но это значит, что следователь не должен сам получать судебные доказательства в ходе предварительной подготовки дела — для этого необходима некая судебная процедура.

Однако, как следует из сказанного выше, все эти полномочия в той или иной степени осуществляются не судом, а следователем (дознавателем). То есть в деятельности этих участников процесса смешиваются полномочия по уголовному преследованию и те, которые должны составлять принадлежность судебной функции. Это означает, что в действительности функцией субъектов предварительного расследования в отечественном уголовном процессе является не столько уголовное преследование, сколько розыскная *функция расследования*. На выполнение функции расследования этими участниками процесса неоднократно указывали многие ученые-процессуалисты¹.

§ 6. РУКОВОДИТЕЛЬ СЛЕДСТВЕННОГО ОРГАНА

Руководитель следственного органа — это должностное лицо, возглавляющее соответствующее следственное подразделение, а также его заместитель (п. 38.1 ст. 5).

В системе прокуратуры РФ предусмотрен Следственный комитет при прокуратуре РФ, обеспечивающий в пределах своих полномочий исполнение законодательства РФ об уголовном судопроизводстве. Следственный комитет возглавляет первый заместитель Генерального прокурора Российской Федерации — председатель Следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации, назначаемый на должность и освобождаемый от должности Советом Федерации Федерального Собрания Российской Федерации по представлению Президента Российской Федерации. Председатель Следственного комитета имеет первого заместителя и заместителей, которые назначаются на должность и освобождаются от должности Президентом Российской Федерации по представлению председателя Следственного комитета. Следственный комитет осуществляет свою деятельность непосредственно и (или) через входящие в его систему Главное следственное управление Следственного комитета, следственные управления Следственного комитета по субъектам Российской Федерации и приравненные к ним специализированные следственные управления Следственного комитета, а также следственные отделы Следственного комитета по районам, городам и приравненные к ним специализированные следственные отделы Следственного комитета². В органах внутренних дел следственными органами (подразделениями) являются: Следственный комитет МВД РФ и его структурные подразделения на местах — следственные управления Следственного комитета по расследованию организованной

¹ См.: Рахунов Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности. М., 1961. С. 48; Шимановский В.В. К вопросу о процессуальной функции следователя в советском уголовном процессе // Правоведение. 1965. № 2. С. 175; Даев В.Г. Процессуальные функции и принцип состязательности в уголовном судопроизводстве // Правоведение. 1974. № 1. С. 72; Выдря М.М. Расследование уголовного дела — функция уголовного процесса // Сов. государство и право. 1980. № 9. С. 78—82.

² См. Указ Президента РФ от 01.08.2007 № 1004 «Вопросы Следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации».

преступной деятельности по федеральным округам; главные следственные управления (управления, отделы) при МВД или при главных управлениях (управлениях) внутренних дел субъектов РФ, следственные управления (отделы) при управлениях внутренних дел на железнодорожном, водном и воздушном транспорте, на особо важных и режимных объектах, а также следственные управления, отделы, отделения и группы при органах внутренних дел в районах, городах, округах, районах в городах, в закрытых административно-территориальных образованиях, при линейных ОВД на железнодорожном, водном и воздушном транспорте. Следственные управления, отделы и т.д. имеются также в органах ФСБ, органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ.

Руководитель следственного органа имеет важные процессуальные полномочия. В целом их можно охарактеризовать как осуществление уголовного преследования в форме руководства предварительным следствием. Федеральным законом от 05.06.2007 № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» и Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации»¹ все полномочия по руководству предварительным следствием, которые ранее принадлежали прокурору, переданы руководителю следственного органа. Это имеет своей целью разграничить на предварительном следствии процессуальную деятельность по расследованию уголовных дел и по надзору за соблюдением законов. Полномочия руководителя следственного органа таковы.

Полномочия руководителя следственного органа по определению надлежащего субъекта (субъектов) производства предварительного следствия

1. Поручать производство предварительного следствия следователю либо нескольким следователям, а также изымать уголовное дело у следователя и передавать его другому следователю с обязательным указанием оснований такой передачи, создавать следственную группу, изменять ее состав либо принимать уголовное дело к своему производству (п. 1 ч. 1 ст. 39).

Поручение производства предварительного следствия нескольким следователям означает одновременно и принятие руководителем следственного органа процессуального решения о создании следственной группы.

Основанием передачи дела другому следователю может явиться как объективная невозможность для следователя продолжить расследование по данному делу (ввиду большой занятости по другим уголовным делам, болезни, ухода в отпуск и т.д.), так и отстранение следователя от ведения дела ввиду допущенных им нарушений закона.

2. Разрешать отводы, заявленные следователю, а также его самоотводы (п. 5 ч. 1 ст. 39).

3. Отстранять следователя от дальнейшего производства расследования, если им допущено нарушение требований закона.

И хотя в УПК РФ (п. 6 ч. 1 ст. 39) буквально сказано о нарушении следователем требований «настоящего Кодекса», т.е. только УПК РФ, представляется, что основанием для отстранения следователя от ведения дела не в меньшей, а, может быть, и в большей степени может служить нарушение им норм Конституции РФ, УК РФ, ГК РФ и других федеральных законов, так или иначе применяемых при производстве расследования.

¹ Российская газета. 08.06.2007 г.

Полномочия руководителя следственного органа по контролю за направлением расследования

Как уже отмечалось нами ранее, понятие «направление расследования», или «направление хода расследования» включает в себя как определение предмета расследования, так и принятие решений о направлении уголовного дела на досудебных стадиях процесса (см. об этом § 5 настоящей главы). Руководитель следственного органа вправе давать следователю обязательные указания о направлении расследования (п. 3 ч. 1 ст. 39).

Однако учитывая процессуальную самостоятельность следователя, руководитель следственного органа не должен полностью подменять его при определении направления хода расследования. Руководитель следственного органа лишь контролирует и при необходимости корректирует направление расследования. Если же он намерен полностью взять в свои руки направление хода расследования, то должен принять дело к своему производству (ч. 2 ст. 39).

Полномочия руководителя следственного органа по контролю за применением мер процессуального принуждения

1. Давать следователю указания об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения (п. 3 ч. 1 ст. 39).

2. Давать согласие следователю на возбуждение перед судом ходатайства об избрании, о продлении, об отмене или изменении меры пресечения либо о производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения (п. 4 ч. 1 ст. 39).

Полномочия руководителя следственного органа по контролю за полнотой, объективностью, всесторонностью и законностью предварительного следствия

1. Проверять материалы уголовного дела, отменять незаконные или необоснованные постановления следователя (п. 2 ч. 1 ст. 39).

2. Отменять незаконные или необоснованные постановления нижестоящего руководителя следственного органа (п. 7 ч. 1 ст. 39).

3. Продлевать срок предварительного расследования (п. 8 ч. 1 ст. 39).

4. Рассматривать материалы уголовного дела, расследование по которому окончено следователем, и возвращать уголовное дело следователю со своими указаниями о производстве дополнительного расследования (п. 11 ч. 1 ст. 39).

Полномочия по обеспечению процессуальной самостоятельности следователя

1. Рассматривать требования прокурора об устранении нарушений закона, допущенных в ходе предварительного следствия, а также письменные возражения следователя на указанные требования и давать следователю письменные указания об исполнении указанных требований либо информировать прокурора о несогласии с его требованиями (ч. 4 ст. 39).

2. Давать согласие следователю, производившему предварительное следствие по уголовному делу, на обжалование решений прокурора о возвращении уголовного дела следователю для производства дополнительного следствия, изменения объема обвинения либо квалификации действий обвиняемых или пересоставления обвинительного заключения и устранения выявленных недостатков (п. 10 ч. 1 ст. 39, п. 2 ч. 1 ст. 221).

Письменные указания руководителя следственного органа обязательны для исполнения следователем (ч. 3 ст. 39). Они могут быть обжалованы следователем руководителю вышестоящего следственного органа, но, как правило, без приостановления их исполнения. Исключение, когда следователь вправе приостановить исполнение указаний, составляют лишь случаи, когда они относятся к вопросам, касающимся

процессуальной самостоятельности следователя и его внутреннего убеждения или ограничений конституционных прав личности, а именно:

- изъятия уголовного дела и передачи его другому следователю;
- привлечения лица в качестве обвиняемого;
- квалификации преступления и объема обвинения;
- избрания меры пресечения;
- производства следственных действий, которые допускаются только по судебному решению;
- направления дела в суд или его прекращения.

Единственно, когда обжалование указаний руководителя следственного органа следователем вообще не допускается — если руководитель следственного органа согласился с требованиями прокурора об устранении нарушений законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия, и дал следователю письменные указания об исполнении этих требований (ч. 4 ст. 39). По смыслу ч. 3 ст. 39 данный запрет на обжалование распространяется и на вопросы, по которым в иной ситуации следователь вправе был бы приостановить исполнение указаний руководителя следственного органа. По-видимому, законодатель исходит из того, что солидарность прокурора и руководителя следственного органа по вопросу о необходимости устранения допущенных следователем нарушений сама по себе уже служит достаточной гарантией правильности указаний, данных следователю, а всякое их обжалование со стороны последнего излишне.

§ 7. ОРГАНЫ ДОЗНАНИЯ

Согласно п. 24 ст. 5 УПК органы дознания — это государственные органы и должностные лица, уполномоченные в соответствии с УПК РФ осуществлять дознание и другие процессуальные полномочия. Полномочия органов дознания принадлежат субъектам, которых можно разделить на следующие группы (ст. 40):

а) *органы исполнительной власти*, наделенные в соответствии с федеральным законом полномочиями по осуществлению *оперативно-розыскной деятельности*;

б) должностные лица — руководители определенных *государственных органов и формирований*: Главный судебный пристав РФ, главный военный судебный пристав, главный судебный пристав субъекта Российской Федерации, их заместители, старший судебный пристав, старший военный судебный пристав, а также старшие судебные приставы Конституционного Суда РФ, Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ; командиры *воинских частей*, соединений и гарнизонов; руководители органов государственного пожарного надзора Федеральной противопожарной службы;

в) должностные лица — руководители *государственных учреждений*: начальники военных учреждений, главы дипломатических представительств и консульских учреждений Российской Федерации;

г) должностные лица — руководители некоторых других *государственных и негосударственных формирований* (капитаны морских и речных судов, находящихся в дальнем плавании)¹, руководители геологоразведочных партий и зимовок).

¹ См.: Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30.04.99 № 81-ФЗ (ст. 69) // СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2207; Инструкция о производстве дознания на судах, находящихся в плавании, утвержденная Генеральной прокуратурой СССР 07.08.74 г.; *Захожий Л.А., Чучаев А.И.* Дознание на судах СССР, находящихся в плавании // Правоведение. 1979. № 2.

В соответствии со ст. 13 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности обладают оперативные подразделения:

- органов внутренних дел Российской Федерации;
- органов Федеральной службы безопасности¹;
- федеральных органов государственной охраны²;
- таможенных органов Российской Федерации;
- Федеральной службы исполнения наказаний³;
- органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ;
- органа внешней разведки Министерства обороны Российской Федерации⁴, которые проводят оперативно-розыскные мероприятия только в целях обеспечения безопасности указанного органа внешней разведки и в случае, если проведение этих мероприятий не затрагивает полномочий других названных органов.

Основную часть функций органов дознания в системе органов внутренних дел выполняет милиция. В своей деятельности милиция подчиняется Министерству внутренних дел Российской Федерации, а милиция общественной безопасности — также соответствующим органам исполнительной власти субъектов Российской Федерации (ст. 7 Закона РФ «О милиции»). Руководство милицией осуществляют соответствующие начальники органов внутренних дел. Милиция включает в свой состав *криминальную милицию и милицию общественной безопасности*.

Основными задачами криминальной милиции являются выявление, предупреждение, пресечение и раскрытие преступлений, по делам о которых производство предварительного следствия обязательно, организация и осуществление розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения уголовного наказания, без вести пропавших и иных лиц в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации. Начальники криминальной милиции являются по должности заместителями начальников соответствующих органов внутренних дел. При наличии признаков преступления, по которому производство предварительного следствия обязательно, криминальная милиция в порядке, установленном ст. 146 УПК, лишь возбуждает уголовное дело и производит неотложные следственные действия. Криминальная милиция оказывает содействие милиции общественной безопасности в исполнении возложенных на нее обязанностей (ст. 8 Закона РФ «О милиции»).

Основными задачами милиции общественной безопасности являются обеспечение безопасности личности, общественной безопасности, охрана собственности, общественного порядка, выявление, предупреждение и пресечение преступлений и административных правонарушений, раскрытие преступлений, по делам о которых

¹ См.: Федеральный закон от 03.04.95 № 40-ФЗ «О Федеральной службе безопасности» // СЗ РФ. 1995. № 15. Ст. 1269.

² См.: Федеральный закон от 27.05.96 № 57-ФЗ «О государственной охране» // СЗ РФ. 1996. № 22. Ст. 2594.

³ См. Указ Президента РФ от 13.10.2004 № 1314 «Вопросы Федеральной службы исполнения наказаний», утвердивший Положение о Федеральной службе исполнения наказаний // Российская газета. 19.10.2004 г.

⁴ См.: Федеральный закон от 10.01.96 г. «О внешней разведке» // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 143; 2000. № 46. Ст. 4537.

производство предварительного следствия не обязательно, розыск отдельных категорий лиц, установление места нахождения которых отнесено к компетенции милиции общественной безопасности. Начальники милиции общественной безопасности являются по должности заместителями начальников органов внутренних дел соответствующих уровней. В состав милиции общественной безопасности включаются: отделы (отделения, группы) дознания, состоящие из дознавателей и начальников этих подразделений. Последние обеспечивают организационное руководство дознавателями и одновременно являются заместителями начальника милиции общественной безопасности.

К органам Федеральной службы безопасности относятся: Федеральная служба безопасности РФ, территориальные органы безопасности — управления (отделы) Федеральной службы безопасности по отдельным регионам и субъектам Российской Федерации и органы безопасности в войсках — управления (отделы) Федеральной службы безопасности РФ в Вооруженных Силах РФ, войсках и иных воинских формированиях, а также в их органах управления (ст. 2 Федерального закона от 03.04.95 № 40-ФЗ «О Федеральной службе безопасности в Российской Федерации»). В состав Федеральной службы безопасности входят и пограничные органы, также исполняющие полномочия органов дознания.

В таможенных органах дознание непосредственно осуществляется сотрудниками отделов дознания региональных таможенных управлений, таможен и таможенных постов (дознавателями), уполномоченными на это соответствующими приказами начальников таможенных органов как руководителей органов дознания. Наряду с отделами дознания в системе таможенных органов имеются подразделения, ответственные за проведение оперативно-розыскных и оперативно-поисковых мероприятий по выявлению и пресечению таможенных правонарушений. Кроме того, начальниками региональных таможенных управлений, таможен и таможенных постов определяется круг сотрудников, на которых возложены полномочия органа дознания по приему сообщений о преступлениях, оформлению протоколов принятия устного заявления о преступлении и составлению рапортов об обнаружении признаков преступления¹.

Органы дознания обязаны:

- рассматривать и разрешать заявления (сообщения) о преступлениях (ст. 144—145);
- производить неотложные следственные действия (п. 1, 2 ст. 157);
- производить следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия по поручению следователя, исполнять постановления следователя о задержании, приводе, аресте, о производстве иных процессуальных действий, а также оказывать содействие при их осуществлении (п. 4 ч. 2 ст. 38, ч. 4 ст. 157, ч. 7 ст. 164);
- в случае направления руководителю следственного органа уголовного дела, по которому не обнаружено лицо, совершившее преступление, принимать розыскные и оперативно-розыскные меры для установления лица, совершившего преступление, уведомляя следователя об их результатах (ч. 4 ст. 157);
- производить дознание как самостоятельную форму предварительного расследования (гл. 32);
- выполнять письменные указания прокурора о направлении расследования, производстве процессуальных действий (п. 4 ч. 2 ст. 37).

¹ Приказ Федеральной таможенной службы РФ от 12.01.2007 № 30 «О наделении сотрудников таможенных органов полномочиями органа дознания по приему сообщений о преступлениях».

Следует, однако, иметь в виду, что расследование в *форме дознания* производят дознаватели: органов внутренних дел, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, пограничных органов федеральной службы безопасности, органов службы судебных приставов, таможенных органов, органов государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы. В соответствии с ч. 3 ст. 151 УПК именно эти органы наделяются правом производства расследования в форме дознания, которое заканчивается составлением обвинительного акта, утверждаемого начальником органа дознания.

Правом *возбуждения уголовных дел и производства неотложных следственных действий* по делам, отнесенным к их подследственности, обладают органы внутренних дел, органы по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, органы Федеральной службы безопасности; таможенные органы, а также командиры воинских частей и соединений, начальники военных учреждений и гарнизонов; начальники учреждений и органов уголовно-исполнительной системы, другие названные выше *должностные лица*, которые на основании ст. 40 имеют полномочия органов дознания.

Вместе с тем следует сказать, что вопрос о полномочиях органов дознания еще не нашел достаточного разрешения ни в теории, ни в нормативном регулировании. В то время как права и обязанности отдельных органов дознания достаточно четко определены законом, положениями и ведомственными инструкциями, вопрос о полномочиях ряда других органов дознания остается нерешенным — либо ввиду сохранения существенных пробелов в правовом регулировании их статуса (так, в нормативных актах о федеральных органах государственной охраны, органе внешней разведки Министерства обороны РФ среди их полномочий вообще не упоминается проведение дознания), либо также потому, что положения уголовно-процессуального закона, регулирующие порядок производства дознания, *ipso facto* могут относиться к ним лишь частично (начальники зимовок, геолого-разведочных партий).

Самостоятельным участником уголовного процесса является начальник подразделения дознания — должностное лицо органа дознания, возглавляющее соответствующее специализированное подразделение, которое осуществляет предварительное расследование в форме дознания, а также его заместитель (п. 17.1 ст. 5, ст. 40.1).

Начальник подразделения дознания наделен следующими полномочиями:

1) поручить дознавателю проверить сообщение о преступлении, принять по нему решение, выполнить неотложные следственные действия либо провести дознание по уголовному делу в полном объеме;

2) возбудить уголовное дело, принять его к своему производству и произвести дознание в полном объеме. При этом начальник подразделения дознания обладает полномочиями дознавателя;

3) проверять материалы уголовного дела;

4) давать дознавателю указания о направлении расследования, производстве отдельных следственных действий, об избрании в отношении подозреваемого меры пресечения, о квалификации преступления и об объеме обвинения¹;

¹ УПК оставляет без ответа вопрос о том, вправе ли начальник подразделения дознания давать дознавателю указания: о привлечении лица в качестве обвиняемого (ч. 3 ст. 224); о прекращении уголовного дела; об окончании дознания, составлении обвинительного акта и направлении дела

5) изымать уголовное дело у дознавателя и передавать его другому дознавателю с обязательным указанием оснований такой передачи;

6) отменять необоснованные постановления дознавателя о приостановлении производства дознания по уголовному делу;

7) вносить прокурору ходатайство об отмене незаконных или необоснованных постановлений дознавателя об отказе в возбуждении уголовного дела¹.

Письменные указания начальника подразделения дознания обязательны для подчиненного ему дознавателя, однако могут быть обжалованы им начальнику органа дознания или прокурору, что, в отличие от полномочий следователя, никогда не приостанавливает их исполнения.

§ 8. ДОЗНАВАТЕЛЬ

Дознаватель — это должностное лицо органа дознания, правомочное либо уполномоченное начальником органа дознания осуществлять предварительное расследование в форме дознания, а также иные полномочия, предусмотренные УПК (п. 7 ст. 5).

В качестве дознавателя может выступать не только штатный дознаватель, но и иное должностное лицо органа дознания, которому дано соответствующее поручение начальником органа дознания или его заместителем². При этом лицо, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия, не вправе проводить дознание (ч. 2 ст. 41).

По своим полномочиям дознаватель близок к следователю. Основное отличие состоит в том, что дознаватель менее самостоятелен в процессуальном отношении, чем следователь, поскольку все указания прокурора и начальника органа дознания, данные в установленном законом порядке, для него обязательны, а их обжалование не приостанавливает исполнения (ч. 4 ст. 41 УПК).

Дознаватель вправе:

1) возбуждать уголовное дело, относящееся к подследственности органов дознания (п. 1 ч. 1 ст. 145). Вместе с тем поручать проверку сообщения о преступлении и принимать по нему решения поручает дознавателю начальник подразделения дознания (п. 1 ч. 1 ст. 40.1);

2) отказывать в возбуждении уголовного дела (п. 2 ч. 1 ст. 145);

прокурору. Представляется, что эти полномочия охватываются понятием *направления расследования* (о толковании этого понятия см. § 5 настоящей главы). Другими словами, начальник подразделения дознания вправе давать дознавателю также указания о привлечении лица в качестве обвиняемого, о прекращении уголовного дела либо об окончании дознания и направлении дела прокурору, которые обязательны для исполнения дознавателем.

¹ Из текста закона неясно, что должен делать начальник подразделения дознания, если он считает неправомерными другие постановления дознавателя. Отменять незаконные или необоснованные постановления дознавателя уполномочен прокурор (п. 6 ч. 2 ст. 37). Представляется, что, обнаружив всякое неправомерное постановление дознавателя (кроме постановления о приостановлении производства дознания, которое он обязан отменить самостоятельно), начальник подразделения дознания должен внести прокурору ходатайство о его отмене.

² Например, таким должностным лицом является участковый уполномоченный милиции (п. 10.1 Инструкции по организации деятельности участкового уполномоченного милиции, утвержденной приказом МВД РФ от 16.09.2002 № 900 // Российская газета. 27.11.2002 г.).

3) передавать сообщения по подследственности, а по уголовным делам частного обвинения — в суд (п. 3 ч. 1 ст. 145);

4) самостоятельно производить следственные и иные процессуальные действия и принимать процессуальные решения, за исключением случаев, когда на это требуется согласие начальника органа дознания или согласия прокурора, а также судебное решение.

Единственным процессуальным действием, которое требует получения дознавателем согласия (разрешения) начальника органа дознания, является проведение им проверки сообщения о совершенном или готовящемся преступлении в срок до 10 суток, вместо обычных 3 (ч. 3 ст. 144 УПК). Необходимо, однако, учитывать, что это ограничение касается лишь сотрудников тех органов, учреждений и формирований, которые в целом являются органами дознания (например, органы внутренних дел). Эти сотрудники уполномочены осуществлять предварительное расследование в форме дознания в силу своей должности. В тех же случаях, когда полномочия органа дознания принадлежат не всему органу, учреждению или формированию, а лишь его руководителю (главному и старшему судебному приставу, командиру воинской части, соединения и т.д.), процессуальные полномочия органа дознания лишь *делегированы* им своим подчиненным. При этом такой руководитель (орган дознания) вправе требовать от дознавателя согласования любых предстоящих действий и утверждения любых процессуальных актов — в зависимости от того объема своих полномочий, на выполнение которых он специально уполномочил данного сотрудника. Об обжаловании дознавателем указаний начальника подразделения дознания по уголовному делу см. § 7 настоящей главы.

Дознавателю требуется согласие прокурора: на возбуждение перед судом ходатайства об избрании, отмене или изменении меры пресечения либо о производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения (п. 5 ч. 2 ст. 37); на продление до 30 суток срока проверки дознавателем сообщения о преступлении и принятия по нему решения в случае необходимости проведения документальных проверок или ревизий (ч. 3 ст. 144); на продление 30-суточного срока дознания еще до 30 суток (ч. 3 ст. 223). Прокурор также утверждает постановление дознавателя о прекращении уголовного дела и обвинительный акт (п. 13, 14 ч. 2 ст. 37).

Прокурор, помимо дачи согласий на указанные действия и утверждения названных решений, вправе также давать дознавателю письменные указания о направлении расследования, производстве любых процессуальных действий (п. 4 ч. 2 ст. 37); отменять незаконные или необоснованные постановления дознавателя (п. 6 ч. 2 ст. 37); разрешать отводы, заявленные дознавателю, а также его самоотводы (п. 9 ч. 2 ст. 37); отстранять дознавателя от дальнейшего производства расследования, если им допущено нарушение требований УПК (п. 10 ч. 2 ст. 37); возвращать уголовное дело дознавателю со своими письменными указаниями о производстве дополнительного расследования, об изменении объема обвинения либо квалификации действий обвиняемых или для пересоставления обвинительного акта и устранения выявленных недостатков (п. 15 ч. 2 ст. 37).

Дознавателю необходимо получить судебное решение: об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста; залога; о продлении срока содержания под стражей; о производстве осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц; о производстве обыска и (или) выемки в жилище; о произ-

водстве личного обыска, за исключением случаев, предусмотренных ст. 93; о производстве выемки предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну, а также предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях; о наложении ареста на корреспонденцию, разрешении на ее осмотр и выемку в учреждениях связи; о наложении ареста на имущество, включая денежные средства физических и юридических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах или на хранении в банках и иных кредитных организациях; о временном отстранении обвиняемого от должности в соответствии со ст. 114; о контроле и записи телефонных и иных переговоров (ч. 2 ст. 29).

§ 9. ПОТЕРПЕВШИЙ

Потерпевший — это лицо, признанное таковым постановлением дознавателя, следователя, прокурора, судьи или определением суда при наличии достаточных доказательств полагать, что данному лицу деяниями, по поводу которых возбуждено уголовное дело, причинен физический, имущественный, моральный вред. В части 1 ст. 42 УПК сказано о причинении потерпевшему вреда лишь *преступлением*. Тем не менее потерпевшим лицо признается и при производстве о применении принудительных мер медицинского характера, которое может вестись не только по поводу преступлений, но и в отношении деяний, совершенных невменяемыми лицами (ч. 1 ст. 433). На момент признания лица потерпевшим причинение ему вреда преступлением может быть установлено не только с достоверностью, но и с вероятностью, однако в любом случае это решение должно основываться на конкретных доказательствах.

Лицо может быть признано потерпевшим по делам не только об оконченных преступлениях, но и о приготовлении или покушении на совершение преступления. Но в этом случае необходимо дать ответ на следующий вопрос: причиняется ли лицу какой-либо вред (и следовательно, может ли оно быть признано потерпевшим), если преступление по не зависящим от виновного обстоятельствам не было доведено до конца и преступный результат, предусмотренный нормой уголовного закона, не наступил (например, виновный подготавливал совершение убийства, но был своевременно разоблачен)? Представляется, что в подобных ситуациях всегда следует считать, что потерпевшему самым фактом посягательства причинен моральный вред. Такой вывод подтверждается, в частности, и тем, что иначе было бы невозможно при неоконченном преступлении возбуждать уголовные дела частного и частно-публичного обвинения (они возбуждаются лишь по заявлению *потерпевшего* — ч. 2, 3 ст. 20), а значит, уголовное преследование виновных лиц по этой категории дел было бы неосуществимо.

Судебная практика до введения в действие нового УПК исходила из того, что вред потерпевшему должен быть причинен преступлением *непосредственно*¹. Однако УПК РФ упоминает о непосредственном причинении вреда преступлением только

¹ См. постановление Пленума Верховного Суда СССР от 01.11.85 г. «О практике применения судами законодательства, регламентирующего участие потерпевшего в уголовном судопроизводстве» // Сб. постановлений Пленума Верховного Суда СССР. 1924—1986. М., 1987. С. 846—852.

гражданскому истцу (ст. 44), но не потерпевшему. Поэтому при буквальном толковании рассматриваемого положения потерпевшими можно было бы признать всех лиц, которые потерпели вред даже ввиду отдаленных последствий преступления (например, предпринимателей, которые понесли убытки вследствие временного закрытия аэропорта, подвергшегося нападению террористов, и т.п.), что неоправданно, поэтому, на наш взгляд, потерпевшими по-прежнему следует считать только лиц, которым вред причинен преступлением непосредственно.

Потерпевшим от уголовного преступления может быть как физическое, так и юридическое лицо. Физическому лицу может быть причинен как имущественный и моральный, так и физический вред, юридическому — только имущественный (см. об этом § 2 гл. 7 учебника). В случае признания потерпевшим юридического лица его права осуществляются представителем (ч. 9 ст. 42). Очевидно, что не только права, но и обязанности потерпевшего в этом случае реализуются его представителем, поскольку лицо, которое законно выступает от имени юридического лица, обязано действовать в интересах представляемого им юридического лица добросовестно и разумно (ч. 3 ст. 53 ГК РФ). В качестве представителя юридического лица — потерпевшего может выступать руководитель (орган) этого юридического лица, который представляет его в силу закона или учредительных документов, либо лицо, действующее в силу специального уполномочия (доверенности). При этом на практике иногда возникает вопрос: как поступить, если руководитель (орган) юридического лица по каким-либо причинам не назначил представителя для участия в деле? Кто в этом случае может быть привлечен к уголовной ответственности при отказе потерпевшего от дачи показаний или за дачу им заведомо ложных показаний (ч. 7 ст. 42 УПК, ст. 307, 308 УК РФ) и кого следует подвергать принудительному приводу в случае неявки потерпевшего без уважительных причин (ч. 6 ст. 42 УПК)? На наш взгляд, в подобных случаях представителем потерпевшего должен признаваться сам руководитель юридического лица. Если же руководящий орган юридического лица коллегиальный (правление, дирекция и т.д.), то потерпевшим должен быть признан один из членов данного коллегиального органа.

Законодательство не предусматривает участия публично-правовых образований в уголовно-процессуальных отношениях, в том числе в качестве потерпевших и гражданских истцов. В случаях причинения ущерба преступлением государству либо муниципальному образованию ущерб причиняется именно публично-правовому субъекту, поэтому ни Российская Федерация, ни ее субъекты, ни муниципальные образования не могут быть признаны потерпевшими по уголовным делам, в том числе через представителя в лице Министерства финансов РФ или его территориального органа, хотя бы и выступающих в качестве юридических лиц. Лишь прокурор уполномочен законом на предъявление гражданского иска в интересах государства (ч. 3 ст. 44 УПК)¹.

Если вред причинен лицу, совершение преступления против которого было спровоцировано его собственными действиями (нападением — по делам о превышении обвиняемым пределов необходимой обороны, просьбой о производстве незаконного абортa, добровольным согласием на причинение вреда, действиями, вызвавшими совершение обвиняемым преступления в состоянии аффекта, и т.п.), он тем не менее должен быть признан потерпевшим, ибо закон не связывает лишение потерпевшего прав с неправомерностью его поведения. При этом неправильное поведение потер-

¹ См. письмо Министерства финансов РФ от 09.08.2006 № 08-04-14/4048.

певшего должно быть учтено при квалификации преступления или определении меры уголовной ответственности причинителю вреда. Пострадавшее от преступных действий лицо не должно признаваться потерпевшим, только если его собственные уголовно противоправные действия послужили причиной нанесения ему вреда, и оно при этом также привлекается по данному делу в качестве подозреваемого или обвиняемого (например, при даче им взятки, когда взяткополучатель, получив деньги, тем не менее не выполнил обусловленных действий).

В случае смерти потерпевшего как результата совершения в отношении него уголовно противоправных действий права потерпевшего переходят к одному из его близких родственников с учетом договоренности, которая может быть достигнута между ними. Если такая договоренность между близкими родственниками не достигнута, следовательно, дознаватель, прокурор и суд сами выбирают из их состава лицо, к которому переходят права потерпевшего.

Понятие потерпевшего по делам частного обвинения в смысле ст. 318 несколько отличается от общего понятия потерпевшего, данного в ст. 42 УПК. Потерпевшим по делам частного обвинения является лицо, которому причинен вред или которое полагает, что ему причинен такой вред.

Потерпевший имеет следующие права:

- 1) знать о предъявленном обвиняемому обвинении;
- 2) давать показания;
- 3) отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, круг которых определен п. 4 ст. 5;
- 4) представлять доказательства;
- 5) заявлять ходатайства и отводы;
- 6) давать показания на родном языке или языке, которым он владеет;
- 7) пользоваться помощью переводчика бесплатно;
- 8) иметь представителя;
- 9) участвовать с разрешения следователя или дознавателя в следственных действиях, производимых по его ходатайству либо ходатайству его представителя;
- 10) знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием, и подавать на них замечания;
- 11) знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы и заключением эксперта в случаях, предусмотренных ч. 2 ст. 198;
- 12) знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела, выписывать из уголовного дела любые сведения и в любом объеме, снимать копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств. При этом в случаях, когда в уголовном деле участвует несколько потерпевших, каждый из них вправе знакомиться с теми материалами уголовного дела, которые касаются вреда, причиненного данному потерпевшему;
- 13) получать копии постановлений о возбуждении уголовного дела, признании его потерпевшим или об отказе в этом, о прекращении уголовного дела, приостановлении производства по уголовному делу, а также копии приговора суда первой инстанции, решений судов апелляционной и кассационной инстанций;
- 14) участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций;
- 15) выступать в судебных прениях;

- 16) поддерживать обвинение;
- 17) знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания;
- 18) приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда;
- 19) обжаловать приговор, определение, постановление суда;
- 20) знать о принесенных по уголовному делу жалобах и представлениях и подавать на них возражения;
- 21) ходатайствовать о применении мер безопасности в соответствии с ч. 3 ст. 11;
- 22) поддерживать обвинение не только по делам частного обвинения, но и по всем категориям дел, в которых он участвует;
- 23) знать о принесенных по уголовному делу жалобах и представлениях и подавать на них возражения;
- 24) быть защищаемым с помощью мер безопасности, предусмотренных Федеральным законом от 20.08.2004 № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства»¹.

Предусмотренное п. 12 ч. 2 ст. 42 УПК право потерпевшего на ознакомление со всеми материалами дела с момента окончания предварительного расследования распространяется на все формы окончания предварительного расследования, а именно: а) окончание предварительного следствия с обвинительным заключением (ст. 216); б) окончание дознания с обвинительным актом (ст. 225); в) окончание предварительного следствия с постановлением о направлении дела в суд для решения вопроса о применении к лицу принудительных мер медицинского характера (ч. 3 ст. 439); г) окончание предварительного следствия или дознания вынесением постановления о прекращении дела (ст. 239). То обстоятельство, что об этом праве упоминается не во всех названных выше статьях Особенной части УПК (исключение составляет ч. 3 ст. 439), не лишает потерпевшего возможности на его реализацию, так как нормы Общей части, по общему правилу, распространяют свое действие на все содержание Кодекса.

Потерпевший вправе знакомиться со всеми материалами дела и в любом объеме снимать с них копии, другими словами, следователь не вправе выборочно знакомить его с материалами дела.

Следует обратить внимание также на то, что закон дает потерпевшему право лишь *снимать* копии с материалов дела, но не *получать* их. То есть следователь и дознаватель обязаны предоставить ему возможность делать выписки в любом объеме, использовать технические средства (копировальные аппараты, фотосъемку), но не обязаны снимать для потерпевшего копии сами. Потерпевший вправе рассчитывать лишь на получение названных выше (п. 13 перечня прав потерпевшего) копий постановлений следователя и дознавателя, а также приговора суда первой инстанции, решений судов апелляционной и кассационной инстанций. Вручение этих документов должно, на наш взгляд, происходить немедленно после признания лица потерпевшим либо (если они к этому времени еще не вынесены) в разумный и достаточный или другой установленный законом срок (ч. 4 ст. 148, ст. 312 УПК) после их принятия следователем, дознавателем и судом.

Потерпевший вправе знать о принесенных по уголовному делу жалобах и представлениях и подавать на них возражения. Другими словами, все жалобы и представ-

¹ Российская газета. 25.08.2004.

ления прокурора, полученные следователем, прокурором и судьей в ходе досудебного производства по делу, а также судом в судебном производстве, должны быть представлены потерпевшему для ознакомления. Поскольку это преследует цель дать потерпевшему возможность своевременно представить на эти жалобы и представления возражения, такое ознакомление не может быть приурочено лишь к окончанию предварительного расследования или соответствующих судебных стадий. Каким образом это право технически должно быть реализовано, закон умалчивает. По-видимому, потерпевшему необходимо направлять либо извещения о поданных жалобах и его праве ознакомить с ними, либо копии самих жалоб.

Поддержание обвинения потерпевшим не ограничивается лишь его участием в судебных прениях (ч. 2 ст. 292)¹, а осуществляется на протяжении всего предварительного расследования и судебного разбирательства путем реализации права на дачу показаний (п. 2 ч. 2 ст. 42), представление доказательств (п. 4 ч. 2 ст. 42), заявление ходатайств (п. 5 ч. 2 ст. 42) и т.д.

Потерпевший имеет право на примирение с подозреваемым или обвиняемым, предусмотренное ст. 25 УПК. При причинении потерпевшему преступлением материального или морального вреда он вправе предъявить гражданский иск в уголовном процессе. При этом он становится еще и гражданским истцом.

Процессуальные права потерпевшего могут реализоваться им как лично, так и через своего представителя либо вместе с представителем. Потерпевший может отказаться от услуг представителя-адвоката, но не от своего законного представителя.

Потерпевший также обязан: являться по вызову; давать правдивые показания; не разглашать данные предварительного расследования (если от него взяли подписку об этом); подвергаться освидетельствованию и экспертизе, представлять образцы для сравнительного исследования, соблюдать порядок в судебном заседании.

§ 10. ЧАСТНЫЙ ОБВИНИТЕЛЬ

Частный обвинитель — это потерпевший или его представитель (законный представитель), действующие по уголовным делам частного обвинения (п. 59 ст. 5 УПК). Говоря о частном обвинителе как потерпевшем, закон в п. 59 ст. 5, ч. 1 ст. 318 имеет в виду не общее понятие потерпевшего, признаваемого таковым по решению следователя, дознавателя, прокурора или суда. Потерпевший, становящийся частным обвинителем, — это лицо, которое непосредственно претерпело вред от преступления или утверждает, что претерпело такой вред. Частный обвинитель может не быть потерпевшим только в одном случае — если уголовное дело частного обвинения возбуждается не самим потерпевшим, а законным представителем несовершеннолетнего или лица, признанного по суду недееспособным. Частный обвинитель может воспользоваться также помощью представителя-адвоката. Лицо становится частным обвинителем с момента принятия судом поданного им заявления к своему производству (ч. 7 ст. 318). Если в ходе судебного разбирательства обнаружится невозможность дальнейшего участия частно-

¹ Нарушение права потерпевшего на участие в судебном разбирательстве и выступление в судебных прениях признается основанием для отмены приговора (определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ № 19-КПО 02-79 СП по делу Ажиговой).

го обвинителя, то он может быть заменен. Вновь вступившему в судебное разбирательство частному обвинителю суд предоставляет время для ознакомления с материалами уголовного дела и подготовки к участию в судебном разбирательстве. Замена частного обвинителя не влечет за собой повторения действий, которые к тому времени были совершены в ходе судебного разбирательства. По ходатайству частного обвинителя суд может повторить допросы свидетелей, потерпевших, экспертов либо иные судебные действия (ч. 2 ст. 43, ч. 4 ст. 246).

Частный обвинитель имеет следующие права:

1) *права потерпевшего*, из числа названных в ст. 42, а именно: знать о предъявленном обвинении — в данном случае о подаче против него встречного заявления в порядке ч. 3 ст. 321; давать показания; не свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников; представлять доказательства; заявлять ходатайства; давать показания на родном языке или языке, которым он владеет; пользоваться помощью переводчика бесплатно; иметь представителя; участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в мировом суде; выступать в судебных прениях; поддерживать обвинение; знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания; приносить жалобы на решения мирового судьи; обжаловать приговор, определение, постановление суда; знать о принесенных по уголовному делу жалобах и представлениях и подавать на них возражения; ходатайствовать о применении мер безопасности в соответствии с ч. 3 ст. 11;

2) *права обвинителя*, аналогичные некоторым из тех, которыми по делам публичного или частно-публичного обвинения пользуется государственный обвинитель (ч. 5, 6 ст. 246), а именно: представлять доказательства и участвовать в их исследовании; излагать суду свое мнение по существу обвинения, а также по другим вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства, высказывать суду предложения о применении уголовного закона и назначении подсудимому наказания; предъявлять и поддерживать по уголовному делу гражданский иск.

Как и на всяком обвинителе, на частном обвинителе лежит бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту обвиняемого (ч. 2 ст. 14).

§ 11. ГРАЖДАНСКИЙ ИСТЕЦ

В качестве гражданского истца в уголовном судопроизводстве может выступать как физическое, так и юридическое лицо. Согласно ч. 1 ст. 44 УПК гражданский истец — тот, кто одновременно отвечает двум следующим условиям: а) предъявил требование о возмещении имущественного вреда и б) признан таковым определением суда или постановлением судьи, прокурора, следователя, дознавателя при наличии оснований полагать, что данный вред причинен ему *непосредственно* преступлением. Предъявлению гражданского иска и принятию указанных процессуальных решений должно предшествовать разъяснение лицам, которым причинен вред, их права на предъявление гражданского иска.

Гражданский иск может быть предъявлен после возбуждения уголовного дела и до окончания судебного следствия при разбирательстве данного уголовного дела в суде первой инстанции. При предъявлении гражданского иска гражданский истец освобождается от уплаты государственной пошлины.

Вред, причиненный гражданскому истцу, может быть имущественным. Однако гражданский иск может быть предъявлен и для имущественной компенсации морального вреда. Пленум Верховного Суда РФ в п. 10 постановления «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» от 20.12.94 г. разъяснил, что «моральный вред признается законом вредом *неимущественным*, несмотря на то, что он компенсируется в денежной... форме».

Гражданскими истцами могут признаваться следующие лица, которым вред причинен непосредственно преступлением:

— лица, понесшие убытки от потери заработка (дохода) вследствие постоянной или временной утраты ими трудоспособности, а также вследствие дополнительно понесенных ими расходов, вызванных повреждением здоровья: на лечение, дополнительное питание, приобретение лекарств, протезирование, посторонний уход, санаторно-курортное лечение, приобретение специальных транспортных средств, подготовку к другой профессии (ст. 1085 ГК РФ);

— нетрудоспособные лица, состоявшие на иждивении погибшего кормильца, в результате преступления или имевшие ко дню его смерти право на получение от него содержания, а также ребенок погибшего, родившийся после его смерти (от его имени иск предъявляет законный представитель); один из родителей, супруг либо другой член семьи независимо от его трудоспособности, который не работает и занят уходом за находившимися на иждивении погибшего его детьми, внуками, братьями и сестрами, не достигшими 14 лет либо хотя и достигшими указанного возраста, но по заключению медицинских органов нуждающимися по состоянию здоровья в постороннем уходе; лица, состоявшие на иждивении погибшего и ставшие нетрудоспособными в течение 5 лет после его смерти; один из родителей, супруг либо другой член семьи, не работающий и занятый уходом за детьми, внуками, братьями и сестрами погибшего и ставший нетрудоспособным в период осуществления ухода, сохраняет право на возмещение вреда и после окончания ухода за этими лицами (ч. 1 ст. 1088 ГК РФ);

— лица, понесшие расходы на погребение погибшего от преступления (ст. 1094 ГК РФ);

— лица, которым вред причинен утратой заработка в результате уголовно-противоправного нарушения их трудовых прав (ст. 145, 145¹ УК РФ);

— физические и юридические лица, имуществу которых, принадлежащему им на праве собственности (а также хозяйственного ведения, оперативного управления) или законного (титularного) владения, причинен вред преступлением (хищение, уничтожение, порча и т.д.);

— физические лица, которым преступлением непосредственно причинен моральный вред (ст. 151 ГК РФ), а также юридические лица в случае причинения непосредственно преступлением вреда их деловой репутации, если это повлекло возникновение убытков (ст. 152 ГК РФ).

Поскольку гражданский истец — это лицо, которому вред причинен преступлением непосредственно (ч. 1 ст. 44 УПК), исключается возможность признания гражданским истцом в уголовном деле лица, обратившегося с *регрессным требованием* о возмещении сумм, выплаченных им потерпевшему в силу закона или договора до рассмотрения уголовного дела (пособия по временной нетрудоспособности, суммы, выплаченные по договорам страхования, перевозки, хранения, охраны, и т.д.).

Определенные трудности при определении гражданского истца на практике вызывают случаи, когда вред причинен имуществу, находившемуся в момент совершения преступления не у его собственника (обладателя права хозяйственного ведения, оперативного управления), а у иного законного (титульного) владельца: арендатора, нанимателя, перевозчика, хранителя и т.д. При этом требуют ответа следующие вопросы: кто в этих случаях может быть признан гражданским истцом — собственник или титульный владелец имущества; вправе ли они оба быть признаны гражданскими истцами или это может быть лишь кто-то один из них? Полагаем, что гражданский иск, связанный с утратой или повреждением имущества в результате преступных действий (иск из причинения вреда), может быть предъявлен собственником имущества, поскольку именно *его* имуществу причинен реальный ущерб (ч. 2 ст. 15 ГК РФ), причем непосредственно. Титульный же владелец может понести убытки лишь опосредованно — через договорную ответственность перед собственником (если, конечно, законом или договором о предоставлении данного имущества предусмотрено, что риск его гибели несет титульный владелец). Следует, однако, иметь в виду, что титульный владелец непосредственно в результате преступных действий может понести убытки, связанные не с утратой и повреждением имущества, а с дополнительными расходами на перевозку или охрану поврежденного имущества, аренду или наем другого необходимого ему имущества и т.д., а также с упущенной выгодой. В этой части он также должен быть признан гражданским истцом.

Если имущественный вред причинен совместными действиями нескольких лиц, гражданский истец вправе предъявить к ним иски. Однако такой иск может быть удовлетворен в уголовном деле в полном объеме лишь при условии, что все эти лица привлечены по данному делу в качестве обвиняемых (подсудимых). В противном случае суд может на основании ч. 2 ст. 1080 ГК РФ возложить на лиц, привлеченных по данному делу в качестве обвиняемых, определенную долю ответственности, а в остальной части оставить иск без рассмотрения. В пределах указанной доли обвиняемые по данному уголовному делу могут отвечать солидарно.

Доказывание гражданского иска в уголовном деле производится в основном по правилам, установленным уголовно-процессуальным правом. Доказывание причинения деяниями обвиняемого имущественного вреда, подлежащего возмещению гражданскому истцу, предполагает доказывание события преступления, причастности обвиняемого к его совершению, его вины, причинной связи между деянием обвиняемого и причиненными убытками. Таким образом, чтобы доказать обоснованность требований гражданского истца, необходимо доказать большинство обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу (ст. 73), т.е., по сути, доказать обоснованность обвинения. Если обвинение не будет доказано, гражданский истец при вынесении оправдательного приговора не может рассчитывать на удовлетворение своих требований либо вообще, либо в рамках уголовного судопроизводства (ч. 2 ст. 306). Но согласно ч. 2 ст. 14 бремя доказывания обвинения лежит на стороне обвинения, а не только на гражданском истце. Непредставление гражданским истцом доказательств в подтверждение оснований и содержания иска не означает, что следователь, дознаватель и прокурор вправе бездействовать. Напротив, они обязаны принимать меры по доказыванию оснований и содержания иска, в том числе размера причиненных гражданскому истцу убытков. Суд не вправе оставить гражданский иск без рассмотрения по той причине, что сторона обвинения не представила достаточных доказательств

в подтверждение оснований и размера причиненного преступлением имущественного вреда.

При рассмотрении гражданского иска в уголовном судопроизводстве применимы не только нормы УПК, но и гражданско-процессуального правила, если соответствующие отношения не урегулированы уголовно-процессуальным законодательством и если положения гражданско-процессуального права не противоречат нормам УПК. Так, ч. 2 ст. 250 УПК дает суду право при неявке в судебное разбирательство гражданского истца или его представителя оставить гражданский иск без рассмотрения. Однако уголовно-процессуальный закон оставляет без ответа вопрос, как должен поступить суд, если отсутствие гражданского истца вызвано тем, что его должным образом не известили о времени и месте судебного заседания, либо иными уважительными причинами. Представляется, что в этих случаях следует применять положения ст. 167 ГПК РФ об отложении судебного разбирательства дела. Иное противоречило бы требованию ст. 11 УПК о том, что суд обязан, в частности, *обеспечивать всем участникам уголовного судопроизводства возможность осуществления их прав*.

Права и обязанности гражданского истца в общем и целом близки к правам и обязанностям потерпевшего. Вместе с тем некоторые из них требуют дополнительного пояснения. Так, говоря о праве гражданского истца давать показания, не свидетельствовать против себя и ряда других лиц (п. 5, 7 ч. 4 ст. 44 УПК), законодатель признает возможность его допроса. Однако в ч. 2 ст. 74 («Доказательства») показания гражданского истца не названы в числе доказательств. Представляется, что по отношению к общей норме о доказательствах норма о правах и обязанностях отдельного участника в процессе доказывания имеет специальный характер, и потому при толковании ей необходимо отдавать предпочтение. Поэтому показания гражданского истца следует считать самостоятельным видом доказательств.

В УПК отсутствует упоминание о праве гражданского истца ходатайствовать о принятии мер по обеспечению гражданского иска (наложение ареста на имущество), предусмотренных ст. 115. Однако он вправе заявлять ходатайства, в том числе и по этому вопросу.

Гражданский истец вправе обжаловать судебное решение лишь в части, касающейся гражданского иска в апелляционном, кассационном и надзорном порядке (ч. 5 ст. 354, ч. 1 ст. 402). Указанное ограничение («в части, касающейся гражданского иска») распространяется как на предмет исковых требований, так и на их основание.

Основанием гражданского иска в уголовном деле является причинение вреда преступлением, поэтому гражданский истец в своей жалобе может настаивать на *доказанности обвинения* только в том объеме (части), в котором преступлением ему был причинен вред. Гражданский истец не вправе требовать отмены приговора для назначения или изменения осужденному уголовного наказания, но он может ставить вопрос об исправлении ошибок, связанных с определением характера и размера вреда, подлежащего возмещению.

Согласно п. 14 ч. 4 ст. 44 УПК, гражданскому истцу предоставлено право принимать участие в судебном разбирательстве уголовного дела в судах апелляционной, кассационной и надзорной инстанций. В названной статье не содержится прямого указания на то, что подобное участие возможно также и при разрешении судом вопроса о возобновлении производства по делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств (гл. 49 УПК). Представляется, однако, что гражданский истец (как, впро-

чем, и гражданский ответчик – ст. 54) и при производстве по новым и вновь открывшимся обстоятельствам вправе принимать участие в судебном разбирательстве, поскольку для рассмотрения таких дел в соответствии с ч. 3 ст. 417 применяется порядок, тождественный процедуре надзорного пересмотра, т.е. допускающий в ней участие гражданского истца.

Гражданский истец вправе обжаловать действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя прокурора на досудебном производстве в порядке, установленном гл. 16 УПК.

Суд не вправе оставить гражданский иск без рассмотрения при вынесении *обвинительного* приговора. Вместе с тем согласно ч. 2 ст. 309 при необходимости произвести дополнительные расчеты, связанные с гражданским иском, требующие отложения судебного разбирательства, суд может признать за гражданским истцом право на удовлетворение гражданского иска и передать вопрос о размере возмещения гражданского иска для рассмотрения в порядке гражданского судопроизводства. Однако следует учитывать разъяснение, данное Пленумом Верховного Суда РФ в постановлении от 29.04.96 г. «О судебном приговоре», о том, что суд вправе принять подобное решение, если только это не влияет на решение суда о квалификации преступления, мере наказания и по другим вопросам.

§ 12. ПРЕДСТАВИТЕЛИ ПОТЕРПЕВШЕГО, ГРАЖДАНСКОГО ИСТЦА И ЧАСТНОГО ОБВИНИТЕЛЯ

Представительство в судопроизводстве — это замена в процессе одного лица другим (представителем), при которой процессуальная деятельность представителя создает права и обязанности представляемого лица. Однако в силу *личного* характера уголовно-процессуальной деятельности представительство в уголовном судопроизводстве, как правило, не исключает, а, наоборот, предполагает одновременное участие и представителя, и представляемого — потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и др. Исключения составляют случаи, когда представляемый является не физическим, а юридическим лицом, которое целиком персонифицируется через своего представителя. Представительство может быть *легальным*, когда интересы представляемого защищает определенное лицо, обязанное это делать в силу требования закона, и *по соглашению*, если представитель действует в силу соглашения.

В целом можно выделить следующие разновидности легального представительства в российском уголовном процессе: а) законное представительство несовершеннолетних подозреваемого, обвиняемого или потерпевшего одним из его родителей, опекуном, попечителем или представителями учреждений и организаций, на попечении которых находится несовершеннолетний, или органами опеки и попечительства (п. 12 ст. 5, ст. 48); б) защита подозреваемого или обвиняемого адвокатом по назначению дознавателя, следователя, прокурора или суда (ч. 3—5 ст. 50); в) представительство интересов юридического лица, признанного потерпевшим, гражданским истцом или гражданским ответчиком, его руководителем (ч. 1 ст. 45, ч. 1 ст. 55 УПК; ч. 3 ст. 53 ГК РФ). Представительство по соглашению может иметь следующие формы: а) защита подозреваемого или обвиняемого адвокатом по соглашению (ч. 1 ст. 50 УПК);

б) представительство интересов доверителя — потерпевшего, частного обвинителя, гражданского истца, гражданского ответчика — адвокатом либо иным лицом, в том числе близким родственником, о допуске которого они ходатайствуют¹.

Представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя допускаются в процесс по определению суда или постановлению судьи, прокурора, следователя, дознавателя. Представитель, в том числе адвокат, допускается к выполнению обязанностей представителя, как правило, на основании доверенности. Однако для допуска в процесс в качестве представителей близких родственников достаточно документа, подтверждающего родственные отношения представителя и представляемого. Лица, представляющие юридическое лицо, предъявляют доверенность или документ, удостоверяющий их право действовать от имени юридического лица без доверенности (учредительные документы организации и удостоверение личности).

Если у потерпевших, которые являются несовершеннолетними или по своему физическому или психическому состоянию лишены возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы, отсутствуют законные представители, следователь, дознаватель, прокурор и суд могут привлечь к участию в процессе в качестве их представителей работников органа опеки и попечительства.

Законные, а также иные представители потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя имеют те же процессуальные права, что и представляемые ими лица.

§ 13. ПОДОЗРЕВАЕМЫЙ

Подозреваемый, как и обвиняемый, защитник, гражданский ответчик и его представитель, согласно УПК (гл. 7) является участником уголовного судопроизводства, выполняющим функцию защиты. Все названные лица участвуют в уголовном процессе в качестве стороны защиты.

Как следует из содержания ч. 1 ст. 46, подозреваемый — это лицо, в отношении которого не просто имеется подозрение в совершении им преступления, но также выполнено одно из следующих процессуальных действий: а) возбуждено уголовное дело публичного или частно-публичного обвинения (ч. 3, 5 ст. 20), либо б) произведено его задержание по подозрению в совершении преступления, либо в) применена мера пресечения до предъявления обвинения в соответствии со ст. 100.

Если в первичных материалах о совершении преступления (заявлении, явке с повинной, сообщении о совершении преступления, а также материалах их проверки органом дознания, дознавателем, следователем, прокурором) имеются сведения, позволяющие предположить, что преступление совершено определенным лицом, то в постановлении о возбуждении дела это лицо должно быть указано, считаясь после этого подозреваемым. Когда же на момент возбуждения уголовного дела данные о таком лице в первичных материалах еще отсутствуют и появляются лишь в ходе пред-

¹ См. определения Конституционного Суда РФ: от 05.12.2003 № 447-О «По жалобе Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации на нарушение конституционных прав гражданки Г.М. Ситяевой частью первой статьи 45 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»; от 05.12.2003 № 446-О «По жалобам Л.Д. Вальдмана, С.М. Григорова и РОО „Объединение вкладчиков МММ“» на нарушение конституционных прав и свобод рядом положений УПК РФ, АПК РФ и Федерального закона „Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации“» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 3.

варительного следствия, это лицо в юридическом смысле не считается подозреваемым. При этом следует иметь в виду, что в ст. 46 УПК понятие подозреваемого дано в узком, формально-юридическом смысле. Как указал Конституционный Суд РФ в п. 3 Постановления от 27.06.2000 № 11-П по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова, факт уголовного преследования может подтверждаться не только актом о возбуждении в отношении данного лица уголовного дела, но также: а) проведением в отношении него следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.); б) любыми иными мерами, предпринимаемыми в целях его изобличения или свидетельствующими о наличии подозрений против него (в частности, разъяснением в соответствии с ч. 1 ст. 51 Конституции РФ права не давать показаний против самого себя). Лицо, в отношении которого осуществляются названные действия, должно считаться подозреваемым в широком, содержательном смысле слова. Такое, конституционное, понимание понятия подозреваемого дает ему право немедленно воспользоваться помощью защитника, не дожидаясь формального признания за ним этого статуса какими-либо актами органов предварительного расследования. Этот подход нашел отражение и в УПК РФ. Так, при задержании по основаниям, указанным в ст. 91 УПК, подозреваемый появляется не с момента составления протокола о задержании (на что дается 3 часа с *момента доставления* задержанного в орган дознания, к следователю или прокурору — ч. 1 ст. 92), а с момента так называемого *фактического задержания*, которое может иметь место и до возбуждения уголовного дела. Фактическим задержанием, согласно п. 15 ст. 5, считается момент фактического лишения *свободы передвижения* лица, подозреваемого в совершении преступления. При этом подозреваемый приобретает право немедленно воспользоваться помощью защитника.

В соответствии с ч. 2 ст. 46 подозреваемый, задержанный в порядке, установленном ст. 91, должен быть допрошен не позднее 24 часов с момента его фактического задержания. Следует иметь в виду, что проведение допроса в указанный срок — не только обязанность органов предварительного расследования, но и важное право подозреваемого, поскольку при этом наиболее полно реализуется его право знать, в чем он подозревается (п. 1 ч. 4 ст. 46).

Подозреваемый как участник судопроизводства существует ограниченное время. Если подозреваемый был задержан, а затем заключен под стражу, то это время, согласно указанию ст. 100, не может превышать 10 (или 30) суток с момента задержания до предъявления обвинения. Если же мера пресечения не была избрана в отношении подозреваемого в течение 48 часов, то он подлежит освобождению (ч. 2 ст. 94) и после этого *формально*¹ не может считаться подозреваемым, ибо более не задерживается и не подвергается применению меры пресечения. Исключение составляют случаи, когда в постановлении о возбуждении дела обоснованно будут указаны данные об этом лице. При производстве дознания лицо может находиться в положении подозреваемого вплоть до составления обвинительного акта, после чего оно считается обвиняемым.

Закон наделяет подозреваемого следующими правами, направленными на обеспечение его права на защиту от подозрения в совершении преступления.

¹ Однако освобожденное лицо сохраняет статус подозреваемого в широком, конституционно-правовом смысле, имея право на защиту.

1. Подозреваемый вправе знать, в чем он подозревается. Обязанность лица, ведущего предварительное расследование, своевременно поставить в известность подозреваемого о том, в чем он подозревается, реализуется путем: а) предоставления подозреваемому копии постановления о возбуждении против него уголовного дела, в котором раскрываются поводы и основания для принятия этого решения, нормы уголовного закона, на основании которых возбуждено уголовное дело (ч. 2 ст. 146); б) указания в протоколе задержания оснований и мотивов задержания (ч. 2 ст. 92); в) указания преступления, в котором оно подозревается, в постановлении о применении меры пресечения до предъявления лицу обвинения (ч. 1 ст. 101). К сожалению, в отличие от прежнего уголовно-процессуального законодательства УПК РФ не содержит нормы о том, что в начале первого же допроса подозреваемому должно быть объявлено, в совершении какого преступления он подозревается. Однако, учитывая, что право на защиту (в том числе и право знать содержание подозрения) должно быть обеспечено подозреваемому органами, ведущими уголовный процесс (ст. 16), дознаватель, следователь или прокурор обязаны сделать ему это разъяснение.

Подозреваемый вправе также получить копию постановления о возбуждении против него уголовного дела либо копию протокола задержания (п. 1 ч. 4 ст. 46). Вручение ему копий названных документов должно состояться не позднее чем в 24-часовой срок с момента вынесения такого постановления или оформления протокола.

2. Подозреваемый вправе давать объяснения и показания по поводу имеющегося в отношении него подозрения либо отказаться от их дачи. При согласии подозреваемого дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при его последующем отказе от этих показаний, за исключением случая, когда они были даны на досудебном производстве в отсутствие защитника и не подтверждены данным лицом в суде (п. 2 ч. 4 ст. 46). Дача показаний — это право, а не обязанность подозреваемого. Он не несет никакой ответственности за отказ от дачи показаний. Подозреваемый не подвергается юридической ответственности также и за дачу заведомо ложных показаний. Это объясняется опасением законодателя, что угроза дополнительной ответственности за дачу ложных показаний (наряду с ответственностью за «основное» преступление, в совершении которого он подозревается) иногда может понудить подозреваемого к самооговору по принципу: «Из двух зол выбирают меньшее». Подобная ситуация может складываться в случаях, когда роковым образом существуют некие, на первый взгляд достаточно веские доказательства виновности лица в совершении преступления, заставляющие его допускать высокую вероятность своего осуждения, хотя бы в действительности он этого преступления и не совершал.

Показания, которые вправе давать подозреваемый, — это сведения об известных ему конкретных *фактических обстоятельствах* уголовного дела, которые он сообщает во время допроса. Показания необходимо отличать от *объяснений*, под которыми понимаются выдвигаемые подозреваемым в свою защиту доводы — версии и предположения, содержащие истолкование тех или иных фактов (например, по делу о краже версия, объясняющая застижение подозреваемого с поличным случайной находкой им ранее утерянных или похищенных кем-то предметов; предположение о мотивах, по которым потерпевший или свидетели могут давать против него ложные показания, и т.п.). Процессуальное значение объяснений подозреваемого состоит в том, что они являются средством его защиты против выдвинутого подозрения, а потому в соответ-

ствии с требованиями ч. 2 ст. 14 (презумпция невиновности) возлагают на обвинителя (дознателя, следователя, прокурора) обязанность их следственной проверки и бремя опровержения.

Показания и объяснения подозреваемый вправе давать на родном языке или языке, которым он владеет (п. 6 ч. 4 ст. 46). Это, в частности, значит, что, несмотря даже на то, что подозреваемый может хорошо владеть иностранным для него языком, на котором ведется производство по данному делу, он имеет право выбрать для общения со следователем, дознавателем и т.д. свой родной язык. Данная норма опирается на конституционное положение, что «каждый имеет право на пользование родным языком, на свободный выбор языка общения» (ст. 26 Конституции РФ). Право давать показания на избранном им языке предполагает право подозреваемого пользоваться помощью переводчика, которая предоставляется ему бесплатно (п. 7 ч. 4 ст. 46 УПК).

3. Подозреваемый, как уже говорилось выше, имеет право воспользоваться помощью защитника с момента возбуждения в отношении него уголовного дела, с момента своего фактического задержания (п. 3 ч. 4 ст. 46, п. 2, 3 ст. 49), а также в других случаях совершения в отношении него действий в порядке уголовного преследования (широкое понимание понятия «подозреваемый»).

4. Право подозреваемого представлять доказательства (п. 4 ч. 4 ст. 46) может быть реализовано путем дачи им показаний либо представления органам предварительного расследования или прокурору предметов и документов, имеющих отношение к данному делу.

5. Подозреваемый вправе заявлять ходатайства и отводы (п. 5 ч. 4 ст. 46). Ходатайства подозреваемого могут быть направлены не только на собирание органами предварительного расследования новых или дополнительных доказательств, проверку оправдывающих его версий, но и содержать требования о прекращении уголовного преследования подозреваемого, о предоставлении ему возможности ознакомления с теми или иными доказательствами, процессуальными актами и документами и т.п. Следователь, дознаватель обязан рассмотреть каждое заявленное по уголовному делу ходатайство. При этом подозреваемому и его защитнику не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела (ч. 1, 2 ст. 159).

Подозреваемый может заявить отвод дознавателю, следователю, прокурору, судье, переводчику, эксперту, специалисту, защитнику по обстоятельствам, исключающим их участие в производстве по уголовному делу (гл. 9).

6. Подозреваемый имеет право участвовать с разрешения следователя или дознавателя в следственных действиях, производимых по его ходатайству, ходатайству его защитника либо законного представителя, а также знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием, и подавать на них замечания (п. 8, 9 ч. 4 ст. 46). Это не лишает подозреваемого права заявлять ходатайства о допуске его к участию и в тех следственных действиях, которые производятся по инициативе органа предварительного расследования или по ходатайству других участников судопроизводства. Если в помещении, которое занимает подозреваемый, производится обыск или выемка, он (а также его защитник) во всяком случае вправе присутствовать при проведении этих следственных действий (ч. 11 ст. 182, ч. 2 ст. 183).

7. Подозреваемый и его защитник вправе знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, ставить вопросы эксперту и знакомиться с заключением эксперта (ст. 195, 198).

8. Подозреваемый вправе подавать прокурору и в суд жалобы на действия (бездействие) и решения суда, прокурора, следователя и дознавателя (п. 10 ч. 4 ст. 46, ст. 123—127).

9. Подозреваемый имеет право на то, чтобы дознаватель, следователь или прокурор не позднее 12 часов с момента задержания подозреваемого уведомили кого-либо из его близких родственников, а при их отсутствии — других родственников о факте задержания или предоставили возможность такого уведомления самому подозреваемому. Если подозреваемый является гражданином или подданным другого государства, то о задержании должно быть уведомлено посольство или консульство этого государства. Исключение из правила об уведомлении о задержании подозреваемого может быть сделано лишь в тех случаях, когда в интересах предварительного расследования признано необходимым сохранение факта задержания в тайне. Тогда с санкции прокурора уведомление может не производиться, кроме случаев, когда подозреваемый является несовершеннолетним (ст. 96).

10. Закон предусматривает также право подозреваемого защищаться любыми иными средствами и способами, не запрещенными УПК. Так, например, подозреваемый, пользуясь конституционным правом каждого свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию (ч. 4 ст. 29 Конституции РФ), может обращаться за содействием к правозащитным организациям, средствам массовой информации, с тем чтобы привлечь внимание общественности к необоснованному или незаконному возбуждению против него уголовного дела, задержанию, заключению под стражу; заключать соглашения с частными детективами о сборе сведений по уголовному делу на основании п. 7 ч. 1 ст. 3 Закона РФ от 11.03.92 г. «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» и т.д.

11. Подозреваемый вправе возражать против прекращения уголовного дела по основаниям, перечисленным в ч. 2 ст. 27 УПК (истечение сроков давности уголовного преследования, отсутствие заключения суда о наличии признаков преступления в действиях одного из лиц, указанных в п. 1, 3—5, 9 и 10 ч. 1 ст. 448; примирение сторон; деятельное раскаяние).

12. Согласно Своду принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденному резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 09.12.88 г., «лицо, задержанное по уголовному обвинению, имеет право на судебное разбирательство в разумные сроки или на освобождение до суда» (принцип 38). «За исключением особых случаев, предусмотренных законом, и если судебный или иной орган не примет иного решения в интересах отправления правосудия, лицу, задержанному по уголовному обвинению, предоставляется возможность получить освобождение на период проведения суда на условиях, которые могут устанавливаться в соответствии с законом. Такой орган держит вопрос о необходимости задержания в поле зрения» (принцип 39). Указанные рекомендации не вполне выдержаны в УПК РФ. Право задержанного либо заключенного под стражу подозреваемого на судебное разбирательство в разумные сроки может иметь место лишь при производстве предварительного расследования по делу в форме дознания, которое при условии продления его срока, как правило, может продолжаться не более 30 суток (ч. 3

ст. 223). Срок предварительного следствия верхним пределом не ограничен (ст. 162), а потому право находящегося под стражей подозреваемого и обвиняемого на срочное судебное разбирательство не вполне гарантировано.

13. Подозреваемый имеет право на применение в отношении него мер безопасности в случаях, предусмотренных Федеральным законом от 20.08.2004 № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства».

Подозреваемый *обязан* являться по вызову, не скрываться от органов расследования, не препятствовать выяснению истины, не продолжать преступную деятельность, подвергаться освидетельствованию и экспертизе, представлять образцы для сравнительного исследования.

§ 14. ОБВИНЯЕМЫЙ

Обвиняемым согласно ч. 1 ст. 47 УПК признается лицо, в отношении которого: а) принято постановление о привлечении его в качестве обвиняемого либо б) вынесен обвинительный акт. Постановление о привлечении в качестве обвиняемого обычно выносится в ходе предварительного следствия (ст. 171), однако предъявление обвинения, а значит, и составление данного постановления возможно также и при производстве дознания, но только в том исключительном случае, если дознание не может быть закончено в течение 10 суток с момента заключения подозреваемого под стражу составлением обвинительного акта (ч. 3 ст. 224). По общему же правилу обвиняемый появляется здесь лишь после окончания дознания — в момент, когда дознаватель выносит обвинительный акт (ч. 1 ст. 225).

Уголовное судопроизводство осуществляется на основе состязательности сторон, а функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга (ст. 15). Состязание противоположных сторон обвинения и защиты предполагает, с одной стороны, право на обвинение (уголовное преследование), а с другой — право на защиту от обвинения. Основным его носителем является обвиняемый. В отличие от подозреваемого, он защищается не от подозрения, связанного лишь с предположением о виновности лица в совершении преступления, а от обвинения, основанного на достаточных доказательствах виновности (ч. 1 ст. 171). Обвиняемый, по уголовному делу которого назначено судебное разбирательство, считается подсудимым; обвиняемый, в отношении которого вынесен обвинительный приговор, называется осужденным; обвиняемый, в отношении которого вынесен оправдательный приговор, именуется оправданным.

Чтобы состязание было справедливым и законным, сторона защиты должна иметь равные со стороной обвинения возможности по отстаиванию своих прав и законных интересов. Однако обвиняемому в уголовном процессе, как правило, противостоит слишком мощный противник, которого английский философ-просветитель Т. Гоббс сравнивал с чудовищем Левиафаном, — это государство, действующее в уголовном судопроизводстве в лице своих органов уголовного преследования. Для того чтобы обеспечить фактическое равенство функций обвинения и защиты, закон в рамках права на защиту предоставляет обвиняемому и его защитнику ряд юридических *преимуществ защиты* (*favor defensionis* — лат.), главным из которых является презумпция невиновности, составляющая основу процессуального статуса обвиняемого. Благо-

даря ей все неустранимые сомнения об обстоятельствах дела толкуются именно в пользу обвиняемого, последний не обязан доказывать свою невиновность, а бремя доказывания лежит на обвинителе.

Данное выше понятие обвиняемого, используемое в ст. 47 УПК, имеет узкий, технико-юридический характер. Как указал Конституционный Суд РФ в уже упоминавшемся в предыдущем параграфе п. 3 Постановления от 27.07.2000 № 11-П по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В. И. Маслова, «под обвинением в смысле статьи 6 Конвенции Европейский Суд по правам человека понимает не только официальное уведомление об обвинении, но и иные меры, связанные с подозрением в совершении преступления, которые влекут серьезные последствия или существенным образом сказываются на положении подозреваемого, т.е. считает необходимым исходить из содержательного, а не формального понимания обвинения». Так же как и подозреваемый, обвиняемый в широком смысле слова, придаваемом ему международным правом и Конституционным Судом РФ, — это лицо, в отношении которого тем или иным образом осуществляется уголовное преследование (обвинительная деятельность). В этом (широком) смысле нет особой разницы между понятиями «подозреваемый» и «обвиняемый». Было бы, однако, неправильным полагать, что благодаря широкому понятию обвиняемого (подозреваемого) эти лица наделяются всем комплексом прав, которые уголовно-процессуальный закон (ст. 47) дает обвиняемому (подозреваемому), признанному таковым дознавателем или следователем в узком, технико-юридическом смысле. Единственное, что приобретает лицо в результате признания его обвиняемым (подозреваемым) в широком смысле, — это возможность пользоваться помощью защитника с того момента, когда в отношении него проводятся действия в порядке уголовного преследования (обыск, выемка, допрос об обстоятельствах его участия в совершении преступления и т.д.), а также распространение на него действия презумпции невиновности.

Обвиняемый в узком, технико-юридическом смысле, т.е. лицо, в отношении которого вынесено постановление о привлечении его в качестве обвиняемого либо обвинительный акт, имеет более широкий спектр процессуальных прав. Многие из этих прав обвиняемого аналогичны правам подозреваемого, которые уже были рассмотрены нами в предыдущем параграфе: знать, в чем он обвиняется; возражать против обвинения, давать показания по предъявленному ему обвинению либо отказываться от дачи показаний; представлять доказательства; заявлять ходатайства и отводы; давать показания и объясняться на родном языке или языке, которым он владеет; бесплатно пользоваться помощью переводчика; пользоваться помощью защитника, в том числе в установленных законом случаях бесплатно; иметь свидания с защитником наедине и конфиденциально, в том числе до первого допроса обвиняемого, без ограничения их числа и продолжительности; участвовать с разрешения следователя в следственных действиях, производимых по его ходатайству или ходатайству его защитника либо законного представителя; знакомиться с протоколами этих действий и подавать на них замечания; знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы, ставить вопросы эксперту и знакомиться с заключением эксперта (ст. 195, 198); приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда и принимать участие в их рассмотрении судом; участвовать в рассмотрении судом вопроса об избрании в отношении него меры пресечения и в иных случаях, предусмотренных ч. 2 ст. 29; возражать против прекращения уголовного дела по ос-

нованиям, предусмотренным ч. 2 ст. 27; быть реабилитированным в случаях, предусмотренных законом (п. 3 ч. 2 ст. 133).

Кроме того, обвиняемый наделен такими правами, которые отсутствуют у подозреваемого. Они большей частью связаны с наличием формально-определенного обвинения и предоставлением обвиняемому возможности от него защищаться как на предварительном расследовании, так и в суде. К их числу относятся следующие права обвиняемого:

1. Знать, в чем он обвиняется. Это право обеспечивается обвиняемому следующими положениями УПК РФ:

— обвинение должно быть предъявлено лицу не позднее 3 суток со дня вынесения постановления о привлечении его в качестве обвиняемого (ч. 1 ст. 172). Этому положению соответствует право обвиняемого получить копию постановления о привлечении его в качестве обвиняемого (п. 2 ч. 4 ст. 47);

— материалы оконченного расследованием уголовного дела должны быть предъявлены обвиняемому, содержащемуся под стражей, и его защитнику не позднее чем за 30 суток до окончания предельного срока содержания под стражей, установленного ч. 2, 3 ст. 109;

— если после окончания предварительного следствия материалы уголовного дела были предъявлены обвиняемому и его защитнику позднее чем за 30 суток до окончания предельного срока содержания под стражей, то по его истечении обвиняемый подлежит немедленному освобождению. При этом за обвиняемым и его защитником сохраняется право на ознакомление с материалами уголовного дела (ч. 5, 6 ст. 109);

— рассмотрение уголовного дела в судебном заседании не может быть начато ранее 7 суток со дня вручения обвиняемому копии обвинительного заключения или обвинительного акта (ч. 2 ст. 233).

2. Возражать против предъявленного обвинения. Право возражать против предъявленного обвинения (п. 3 ч. 4 ст. 47) предполагает выдвижение обвиняемым в свою защиту доводов, которые могут состоять как в указании на фактические обстоятельства, так и в выдвижении оправдательных версий. В силу ч. 2 ст. 14 УПК бремя опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения. То есть в предмет показаний обвиняемого входят не только сведения о фактах, но и их оценка, в том числе предположения и версии защиты, которые обвинитель, а также суд обязаны проверить в полном объеме, а на обвинителе лежит еще и бремя их опровержения. Если какая-либо оправдательная версия обвиняемого не опровергнута доказательствами, он должен быть признан невиновным.

3. Получать копию постановления о привлечении его в качестве обвиняемого, копию обвинительного заключения или обвинительного акта.

4. Знакомиться по окончании предварительного расследования со всеми материалами уголовного дела и выписывать из уголовного дела любые сведения и в любом объеме.

5. Знакомиться с документами, которые подтверждают законность и обоснованность применения к нему мер процессуального принуждения, решение о которых принимается судом¹.

6. Снимать за свой счет копии с материалов уголовного дела, в том числе с помощью технических средств. При поверхностном прочтении нормы, содержащейся

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 12.05.2003 № 173-О по жалобе гражданина С.В. Коваля на нарушение его конституционных прав положениями ст. 47 и 53 УПК РФ.

в п. 12 ч. 4 ст. 46, может создаться впечатление, что данное право может быть использовано обвиняемым лишь *в процессе* ознакомления с материалами уголовного дела при окончании предварительного расследования. Однако это положение следует толковать буквально: *после* окончания предварительного расследования, т.е. *на всем дальнейшем протяжении процесса*, обвиняемый (в том числе подсудимый, осужденный, оправданный) может знакомиться с материалами своего уголовного дела и снимать с них копии.

7. Участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций, а также в рассмотрении судом вопроса об избрании в отношении него меры пресечения и в иных случаях, предусмотренных п. 1—3 и 10 ч. 2 ст. 29, в том числе при решении судом вопроса о помещении подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы и о временном отстранении от должности.

8. Знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать на него замечания.

9. Обжаловать приговор, определение, постановление суда и получать копии обжалуемых решений.

10. Получать копии всех поданных по уголовному делу жалоб и представлений и подавать на них возражения.

11. Участвовать в рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговора.

Помимо названных в УПК РФ прав, ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г. устанавливает также права обвиняемого в рамках так называемого *справедливого судебного разбирательства*, которые должны соблюдаться и в российском уголовном судопроизводстве в силу принципа приоритета норм международного права перед внутренним законодательством (ч. 3 ст. 1 УПК):

1) на разбирательство его дела в *разумный срок* независимым и беспристрастным судом. В Международном пакте о гражданских и политических правах от 16.12.66 г. также установлено, что каждый имеет право «на основе полного равенства... быть судимым без неоправданной задержки» (п. «с» ч. 2 ст. 14). При этом каждый арестованный или задержанный «имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока» (ч. 3 ст. 9). Международный свод принципов защиты всех лиц, подвергнутых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, принятый Генеральной Ассамблеей ООН 09.12.88 г., говорит о проведении судебных разбирательств в разумные сроки после ареста. Длительная неоправданная задержка процесса практически равнозначна отказу в правосудии. *Justitia debet esse celeris, quia dilatio est quaedam negatio* (лат.) — правосудие должно быть скорым, ибо промедление есть вид отказа. Понятие срочности предполагает, во-первых, отсутствие *неоправданной задержки* в предварительном расследовании и передаче дела в суд, а во-вторых, *разумность, умеренность и приемлемость* срока самого судебного разбирательства. Но что считать разумным, оправданным сроком? Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что «при определении того, насколько срок судебного разбирательства являлся разумным, во внимание принимается сложность дела, поведение... подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, поведение государства в лице соответствующих органов»¹;

¹ См. п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» // Российская газета. 02.12.2003 № 244.

2) допрашивать показывающих против него свидетелей или чтобы эти свидетели были допрошены в его присутствии. Данное положение составляет так называемое *право на очную ставку*, тесно связанное с принципом непосредственности исследования доказательств. Хотя номинально данное право и не названо в УПК РФ, фактически оно получило в нем закрепление. Благодаря этому российский уголовный процесс реально приобрел важные черты состязательного судопроизводства. Так, согласно ч. 1 ст. 281 оглашение, а значит, и использование в качестве судебных доказательств протоколов допросов свидетелей и потерпевших, полученных ранее, а также сопутствующих им материалов, наряду либо вместо непосредственного и устного допроса этих лиц допускается лишь с согласия сторон и (или) при наличии ряда условий, названных в п. 1—2 ч. 1, ч. 2 и 3 ст. 281 УПК. Любая из сторон, в том числе сторона защиты, по общему правилу может наложить вето на оглашение протоколов допросов не явившихся в суд свидетелей или потерпевших, которые вследствие этого фактически становятся недопустимыми доказательствами. Результатом является необходимость получения устных показаний названных лиц непосредственно в судебном заседании в условиях перекрестного допроса;

3) вызывать и допрашивать свидетелей защиты *на тех же условиях*, которые существуют и для свидетелей, показывающих против него. Это признанное международным сообществом право обвиняемого также обеспечено и в российском уголовном судопроизводстве. Так, в соответствии с п. 6 ч. 1 ст. 220 УПК в обвинительном заключении следователь обязан указывать, в частности, не только обвинительные доказательства, но и перечень доказательств, на которые *ссылается сторона защиты*; согласно ч. 4 ст. 271 суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лиц в качестве свидетелей или специалистов, если они явились в суд по инициативе заинтересованной стороны. Эти нормы служат реальной гарантией интересов обвиняемого против необоснованного отказа в удовлетворении ходатайств о вызове и допросе свидетелей и специалистов в ходе предварительного расследования или в суде. Они обеспечивают состязательное ведение уголовного судопроизводства.

Обязанности обвиняемого аналогичны обязанностям подозреваемого (см. о них § 13 настоящей главы).

§ 15. ЗАЩИТНИК

1. Понятие защитника и момент допуска его к уголовному делу. Обязательное участие защитника в уголовном деле

Защитник — это лицо, осуществляющее защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу (ч. 1 ст. 49 УПК). Как правило, для участия в уголовном судопроизводстве в качестве защитников допускаются только адвокаты. Адвокатом признается лицо, получившее в порядке, установленном Федеральным законом от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность. Однако по определению или постановлению суда в качестве защитника *наряду, т.е. вместе, с адвокатом* могут быть допущены: один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый.

Но кроме ходатайства обвиняемого для этого необходимо соблюдение еще одного условия: близкий родственник или иное лицо должны быть объективно способными оказывать обвиняемому именно *юридическую помощь*, так как согласно ч. 1 ст. 49 УПК защитник — это лицо, осуществляющее защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывающее им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. Закон не требует, чтобы указанные лица обязательно имели официальное юридическое образование, однако суд должен убедиться, что они достаточно разобрались в юридической стороне данного уголовного дела, чтобы, хотя бы с помощью адвоката, оказывать своему подзащитному реальную юридическую помощь. Допуск таких лиц не обязанность, а право суда. При производстве у мирового судьи названные лица допускаются в процесс как наряду с адвокатом, так и вместо него. По смыслу ч. 2 ст. 49 допуск в качестве защитников близких родственников и иных лиц предусмотрен лишь в судебных стадиях процесса, поскольку, во-первых, решение принимает суд, а во-вторых, речь идет только об обвиняемом, но не о подозреваемом. Обвиняемый же, по уголовному делу которого назначено судебное разбирательство, именуется подсудимым (ч. 2 ст. 47).

Согласно ч. 3 ст. 49 УПК начальным моментом, с которого защитник принимает участие в уголовном деле, является:

- 1) вынесение следователем постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого;
- 2) вынесение органом дознания, дознавателем, следователем или прокурором постановления о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица;
- 3) фактическое задержание лица, подозреваемого в совершении преступления, в случаях: а) когда это лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения, либо когда потерпевшие или очевидцы укажут на данное лицо как на совершившее преступление, либо когда на этом лице или его одежде, при нем или в его жилище будут обнаружены явные следы преступления, либо если лицо, заподозренное по иным основаниям в совершении преступления, пыталось скрыться или не имеет постоянного места жительства, или не установлена его личность (ст. 91, 92); б) когда к нему до предъявления обвинения применена мера пресечения в виде заключения под стражу в соответствии со ст. 100;
- 4) объявление лицу, подозреваемому в совершении преступления, постановления о назначении в отношении него судебно-психиатрической экспертизы;
- 5) осуществление иных мер процессуального принуждения или иных процессуальных действий, затрагивающих права и свободы лица, подозреваемого в совершении преступления.

Положение о допуске защитника с момента возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица (п. 2 ч. 3 ст. 49) предполагает, что это право должно быть реально обеспечено. Поэтому уже в уведомлении о возбуждении дела, которое в силу ч. 4 ст. 146 сразу же (в тот же день) после утверждения прокурором постановления следователя, органа дознания или дознавателя о возбуждении дела против определенного лица направляется подозреваемому, ему должно быть разъяснено право на приглашение или назначение защитника. Иное следует квалифицировать как нарушение права подозреваемого на защиту.

В пункте 3 ч. 3 ст. 49 говорится об участии защитника в уголовном деле «с момента фактического задержания лица, подозреваемого в совершении преступления».

Для того чтобы обеспечить право подозреваемого на участие защитника начиная с момента фактического задержания, сотрудники органа дознания или следователь сразу же после лишения лица физической свободы передвижения должны разъяснять ему право на приглашение или назначение защитника.

Согласно п. 4 ст. 49 адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника по предъявлении *удостоверения адвоката и ордера*. При этом имеется в виду весь комплекс прав и обязанностей адвоката, в том числе право иметь с подозреваемым, обвиняемым свидания в соответствии с п. 3 ч. 4 ст. 46 и п. 9 ч. 4 ст. 47.

Отказ обвиняемому или подозреваемому в предоставлении свиданий с защитником на том основании, что у защитника нет специального разрешения лица или органа, в производстве которых находится уголовное дело, признан неконституционным¹. С учетом этого все процессуальные и следственные действия, произведенные после отказа допустить адвоката в место содержания под стражей его подзащитного обвиняемого или подозреваемого по надлежаще оформленному ордеру, следует считать недействительными, а полученные доказательства недопустимыми.

По общему правилу обвиняемый и подозреваемый сами решают, необходима ли им помощь защитника. Однако закон (п. 1—7 ч. 1 ст. 51 УПК) признает участие в деле защитника обязательным, когда:

1) подозреваемый или обвиняемый не отказался от защитника. При этом считается, что отказа от защитника не было, если в деле отсутствует *письменное заявление* подозреваемого или обвиняемого об отказе от помощи защитника (п. 1 ч. 1 ст. 51, ч. 1 ст. 52);

2) подозреваемый или обвиняемый является несовершеннолетним. Следует обратить внимание на то, что закон требует обязательного участия защитника лишь по делам лиц, которые продолжают оставаться несовершеннолетними во время судопроизводства. Обязательное участие защитника не предусмотрено для обвиняемых (подозреваемых), которые хотя и совершили инкриминируемое деяние до наступления совершеннолетия, но достигли его в ходе производства по делу;

3) подозреваемый, обвиняемый в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту. Физические или психические недостатки — это недостатки или заболевания, в силу которых подозреваемый, обвиняемый не может *самостоятельно* осуществлять свое право на защиту, т.е. препятствующие *личной* реализации прав подозреваемого, обвиняемого в том случае, если бы он лишился помощи защитника и законного представителя. Физические недостатки — это прежде всего такие дефекты или заболевания, как немота, глухота, слепота или болезнь зрения, а равно физические дефекты и увечья, существенно ограничивающие способность к передвижению, в силу которых обвиняемый (подозреваемый) испытывает дополнительные затруднения, например при возникновении у него необходимости посещения следователя, прокурора, судьи для подачи жалоб, заявления ходатайств или ознакомления с материалами дела (отсутствие или болезнь ног, нарушение двигательных функций). Физические недостатки — это не только дефекты и увечья, но и наличие у подозреваемого или обвиняемого острого или хронического тяжелого заболевания, из-за которого он не может правильно воспринимать и оценивать

¹ См. п. 2 Постановления Конституционного Суда РФ от 25.10.2001 № 14-П по делу о проверке конституционности положений, содержащихся в ст. 47 и 51 УПК РСФСР и п. 15 ч. 2 ст. 16 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» в связи с жалобами граждан А.П. Голомидова, В.Г. Кислицына и И.В. Москвичева.

ход и результаты следственных и иных процессуальных действий. Физические недостатки, не препятствующие реализации процессуальных прав, даже если они имеют весьма серьезный характер (например, отсутствие руки, которой обвиняемый не пользуется при письме), не являются основанием для обязательного участия защитника. Психическими недостатками, требующими обязательного участия защитника, следует считать не только психические расстройства, которые лишают обвиняемого (подозреваемого) возможности осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий и руководить ими (вменяемости) либо делают невозможным в дальнейшем назначение ему наказания, но и такие психические расстройства, которые *не исключают* вменяемости подозреваемого или обвиняемого и назначения ему наказания. В неочевидных случаях для решения этого вопроса необходимо получение медицинского заключения либо даже проведение судебной экспертизы. При этом следует иметь в виду, что все сомнения толкуются в пользу обвиняемого или подозреваемого, поэтому даже сам факт назначения подобной экспертизы служит поводом для обеспечения помощи защитника в обязательном порядке, как это имеет место при производстве о применении принудительных мер медицинского характера (ст. 438);

4) подозреваемый, обвиняемый не владеет или недостаточно хорошо владеет языком, на котором ведется производство по уголовному делу. Недостаточно владеющим языком, на котором ведется судопроизводство, должно признаваться и лицо, которое хотя понимает этот язык, но не может на нем свободно общаться либо читать или писать. При этом необходимо учитывать уровень общения данного лица, так как лицо может общаться на бытовом или узкопрофессиональном уровне, но не понимать или плохо понимать значения слов, необходимых для свободного общения в области судопроизводства;

5) лицо обвиняется в совершении преступления, за которое в качестве меры наказания может быть назначено лишение свободы на срок свыше 15 лет, пожизненное лишение свободы либо смертная казнь;

6) уголовное дело подлежит рассмотрению с участием присяжных заседателей;

7) обвиняемый заявил ходатайство о рассмотрении уголовного дела в особом порядке судебного разбирательства, установленном гл. 40.

Рассмотрение уголовного дела без участия защитника в перечисленных случаях является существенным нарушением уголовно-процессуального закона, влекущим отмену приговора (п. 4 ч. 2 ст. 381).

2. Приглашение, назначение, замена, отказ от защитника и отвод защитника

Уголовно-процессуальный закон использует понятия «*приглашение защитника*», «*обеспечение участия защитника*» и «*назначение защитника*». Приглашение осуществляется самим подозреваемым или обвиняемым или его законным представителем по их усмотрению. Другие лица могут приглашать защитника лишь по *поручению или с согласия* подозреваемого, обвиняемого. Когда подозреваемый или обвиняемый является несовершеннолетним, то его поручение или согласие на совершение сделки по приглашению защитника требуют получения письменного подтверждения от их законного представителя в силу требований ч. 1 ст. 26 ГК РФ. Если выяснится, что лицо, совершившее уголовно противоправное деяние, было признано недееспособным, то приглашение защитника либо дача по-

ручения или согласия на его приглашение является исключительным правом опекуна (ч. 2 ст. 29 ГК РФ). Приглашение защитника должно производиться по письменному или устному ходатайству подозреваемого или обвиняемого с занесением этого ходатайства в протокол соответствующего следственного или иного процессуального действия.

По просьбе подозреваемого или обвиняемого участие защитника может *обеспечиваться* дознавателем, следователем, прокурором и судом. Обеспечение участия защитника отличается от его приглашения тем, что: а) субъектами обеспечения являются дознаватель, следователь, прокурор и суд; б) оно производится не *по поручению* (которое подозреваемый или обвиняемый не может давать лицам, ведущим процесс), а лишь по его просьбе. Практический смысл такого разграничения очевиден. Поручение пригласить защитника регулируется гл. 49 ГК РФ и связано с заключением договора поручения (письменного или устного). Поверенный обязан лично исполнить поручение; сообщать доверителю по его требованию все сведения о ходе исполнения поручения; передавать доверителю без промедления все полученное по сделке, совершенной во исполнение поручения (например, письменное соглашение с адвокатом), и т.д. (ст. 974 ГК РФ). Приглашение защитника без поручения, но *с согласия* подозреваемого или обвиняемого охватывается нормами гл. 50 ГК РФ («Действие в чужом интересе без поручения»). В частности, лицо, действовавшее в чужом интересе, на какое-то время принимает на себя обязательства по заключенной, в том числе возмездной, сделке (ст. 986 ГК РФ) и по окончании действий в чужом интересе обязано предоставить лицу, в чьих интересах оно действовало, отчет (ст. 989 ГК РФ). Все эти положения неприменимы к взаимоотношениям подозреваемого (обвиняемого) и следователя, дознавателя, прокурора и суда. Обеспечение участия защитника названными лицами есть сугубо публичный уголовно-процессуальный институт и не порождает для них гражданско-правовых обязательств, хотя они и действуют по просьбе и в интересах подозреваемого или обвиняемого. Вместе с тем получение согласия подозреваемого и обвиняемого на участие в деле защитника, представленного в порядке обеспечения дознавателем, следователем или судом, обязательно. Обеспечение участия защитника может осуществляться как в форме его *назначения* дознавателем, следователем, прокурором и судом, так и *путем создания условий для приглашения* защитника другими лицами. Дознаватель, следователь, прокурор и суд обязаны предоставить подозреваемому и обвиняемому по его просьбе возможность связаться с адвокатом (принцип 18 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме) с целью реализации права на *выбор им самим конкретного защитника* (подп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод) либо с родственниками и иными лицами, которые сделают это по поручению подозреваемого или обвиняемого.

Если защитник по каким-либо причинам не был приглашен названными лицами, но подозреваемый или обвиняемый не отказывается от помощи защитника, следователь, дознаватель, прокурор или суд обязаны назначить ему защитника. Когда адвокат участвует на предварительном расследовании или в судебном разбирательстве по назначению, расходы на оплату его труда выплачиваются за счет средств федерального бюджета (ч. 5 ст. 50 УПК РФ). Однако было бы ошибочным полагать, что защита по назначению всегда является бесплатной для подзащитного. Предоставление бесплатной юридической помощи во время производства по делу не исключает обязан-

ности осужденного позднее компенсировать ее стоимость. В соответствии с ч. 2 ст. 132 УПК РФ, суд может взыскать с осужденного процессуальные издержки, включающие, в частности, и суммы, выплачиваемые назначенному адвокату за оказание им юридической помощи (п. 5 ч. 2 ст. 131). При этом суд вправе, но не обязан взыскивать процессуальные издержки с осужденного. Они должны выплачиваться за счет средств федерального бюджета при установлении *имущественной несостоятельности* лица, с которого они должны быть взысканы. Помимо этого суд вправе освободить осужденного от уплаты процессуальных издержек (полностью или частично) и тогда, когда это может существенно отразиться на материальном положении лиц, находящихся на иждивении осужденного (ч. 6 ст. 132). Издержки по оплате труда назначенного защитника не относятся судом на осужденного, а производятся за счет средств федерального бюджета и в том случае, если подозреваемый или обвиняемый заявил об отказе от защитника, но отказ не был удовлетворен (ч. 4 ст. 132), а также в случае реабилитации лица (ч. 5 ст. 132). Назначение защитника может осуществляться дознавателем, следователем, прокурором и судом также *в порядке замены* при неявке приглашаемого подозреваемым или обвиняемым конкретного защитника в течение 5 суток со дня заявления ходатайства о его приглашении. Но при этом дознаватель, следователь, прокурор или суд сначала обязаны предложить подозреваемому или обвиняемому самому пригласить другого защитника, а если тот откажется это сделать, принять меры по назначению защитника. Аналогичным образом вопрос о замене защитника решается и в статьях, посвященных окончанию предварительного следствия и судебному разбирательству (ст. 215, 248). Похожее правило действует и в отношении уже допущенного к участию в деле защитника, который в течение 5 дней по каким-либо причинам не может принять участие в производстве *конкретного процессуального действия*. Однако при этом дознаватель или следователь не обязаны ждать 5 суток, прежде чем начать производство процессуального действия, так как закон говорит о не *явке* защитника для его проведения, а о том, что он *не может принять в нем участие*. Поэтому если будет установлено, что защитник в это время занят в другом деле или болен, или имеет другие уважительные причины для неявки в течение 5 суток, а подозреваемый или обвиняемый не ходатайствует о предоставлении ему возможности пригласить другого защитника или о назначении его следователем и дознавателем, то процессуальное действие может быть проведено без защитника. Но при этом дознаватель и следователь обязаны разъяснить подозреваемому или обвиняемому его право на заявление такого ходатайства и сделать предложение о приглашении или назначении защитника. В противном случае не исключена ситуация, когда подозреваемый и обвиняемый могут не приглашать другого защитника и не ходатайствовать о его назначении просто из-за своей юридической неосведомленности.

Еще более жесткие правила, касающиеся замены защитника, действуют при задержании подозреваемого или заключении подозреваемого или обвиняемого под стражу. Если выяснится, что явка приглашенного ими защитника невозможна в 24-часовой срок с момента задержания или заключения под стражу, защитник обеспечивается в порядке назначения, *без предложения* подозреваемому и обвиняемому пригласить другого защитника (ч. 4 ст. 50). При отказе подозреваемого или обвиняемого от назначенного защитника следственные действия с участием подозреваемого или обвиняемого, согласно данной норме, могут производиться и без участия защитника. Повидимому, установление этого правила объясняется необходимостью допроса

задержанного в течение 24 часов (ч. 2 ст. 46). Однако данную норму нельзя признать удачной, так как она чревата нарушением права на защиту. Дело в том, что отказ подозреваемого или обвиняемого от назначенного ему органами предварительного расследования защитника неравнозначен отказу от защитника вообще. Если защитник по назначению не устраивает подозреваемого или обвиняемого ввиду его низкой юридической квалификации либо той позиции, которую он предлагает занять по делу, подозреваемый или обвиняемый вправе отказаться от его услуг. Это не должно отрицательно сказываться на процессуальном положении обвиняемого или подозреваемого, чего не учитывает данная норма. Представляется, что, если в подобной ситуации имеет место отказ от назначенного защитника, дознаватель, следователь, прокурор обязаны допросить подозреваемого о том, чем вызван его отказ от назначенного защитника, и при уважительности причин такого отказа предложить вновь заменить защитника, даже если это повлечет пропуск 24-часового срока для проведения первого допроса подозреваемого. Право на защиту — большая ценность, чем соблюдение процессуального срока, тем более что последний и установлен как раз с целью обеспечения права на защиту.

Обвиняемый (подозреваемый) вправе *отказаться* от помощи защитника (ст. 52). Следует, однако, дифференцировать отказ от услуг конкретного защитника и отказ от помощи любого защитника вообще. Отказ от конкретного защитника предусмотрен ст. 50 и может повлечь за собой замену защитника, о чем было сказано выше. Отказ от помощи защитника вообще имеет своим непосредственным последствием не замену защитника, а осуществление подозреваемым и обвиняемым своей защиты самостоятельно. Отказ подозреваемого, обвиняемого от помощи защитника допускается только по их инициативе и заявляется в письменном виде. Заявление подозреваемого или обвиняемого об отказе от защитника должно иметь форму отдельного документа, причем как на досудебном производстве, так и при рассмотрении дела в суде. Однако если отказ от защитника заявлен во время производства следственного действия, то об этом делается отметка в протоколе. Закон не требует непременно присутствия защитника, если заявление сделано подозреваемым или обвиняемым до начала следственного или иного процессуального действия. Если же подозреваемый, обвиняемый отказался от услуг защитника в его присутствии, к материалам дела следует приобщить ордер защитника, так как это подтверждает наличие у подозреваемого или обвиняемого реальной возможности воспользоваться его помощью.

Дознавателем, следователем, прокурором и судом должны выясняться причины отказа подозреваемого или обвиняемого от защитника. Когда отказ заявлен при рассмотрении дела в судебном заседании, суд должен заслушать мнение других участников судебного разбирательства. В судебной практике считается существенным нарушением уголовно-процессуального закона, если суд не обсудит заявленный обвиняемым отказ от защитника¹.

Как *вынужденный отказ от защитника* рассматривается в судебной практике такая ситуация, когда подсудимый отказывается от помощи защитника либо соглашается на предложение рассматривать дело без участия защитника вследствие того, что судом не обеспечена реальная возможность его участия в судебном заседании², либо у подсудимого нет средств на оплату услуг защитника. Суд обязан выяснить причину отказа от защитника и установить, не был ли такой отказ вынужденным. Если выяс-

¹ Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1976. № 2. С. 9.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1990. № 12. С. 2; 1995. № 9. С. 11.

нится вынужденный характер отказа, суд обязан обеспечить участие защитника и разъяснить подозреваемому и обвиняемому в установленных законом случаях возможность бесплатного оказания помощи защитника. При принятии отказа от защитника суду надлежит в определении (постановлении) мотивировать свое решение. Данное положение в полной мере распространяется и на досудебное производство, в том числе на деятельность органов предварительного расследования и прокурора.

Отказ от защитника не обязателен для дознавателя, следователя, прокурора и суда. Однако отклонение отказа от защитника — право, а не обязанность лиц, ведущих процесс. Если подозреваемый или обвиняемый заявил об отказе от защитника, но отказ не был удовлетворен и защитник участвовал в уголовном деле по назначению, то расходы на оплату труда адвоката возмещаются за счет средств федерального бюджета (ч. 4 ст. 132).

Участвующий в деле защитник может быть также *отведен*.

Защитник не вправе участвовать в производстве по уголовному делу и должен заявить самоотвод, если имеются обстоятельства, исключающие его участие в деле (см. о них § 5 гл. 6 учебника). Из содержания п. 3—5 ч. 4 ст. 6 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» вытекает также, что адвокат не вправе принимать на себя защиту и продолжать ее осуществление, если он занимает по делу позицию вопреки воле подзащитного (за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии его самооговора) либо делает публичные заявления о доказанности вины подзащитного, если тот ее отрицает, либо разглашает сведения, сообщенные ему подзащитным в связи с оказанием последнему юридической помощи, без его согласия.

3. Цели, задачи, права и обязанности защитника

Цели защитника в уголовном процессе состоят в следующем: а) выявление обстоятельств, оправдывающих подозреваемого или обвиняемого, смягчающих его ответственность, б) оказание ему необходимой юридической помощи и достижение наиболее благоприятных для него процессуальных решений по данному делу. Задачами защитника по реализации указанных целей являются: выработка совместно со своим подзащитным позиции и плана защиты, определение способов и средств защиты, т.е. тех процессуальных действий, которые необходимо выполнить, и тех доказательств, которые необходимо найти, представить для приобщения к делу и исследовать. Для этого закон наделяет защитника широкими процессуальными полномочиями.

С момента допуска к участию в уголовном деле защитник вправе иметь с подозреваемым, обвиняемым свидания наедине и конфиденциально до первого допроса подозреваемого или обвиняемого (п. 3 ч. 4 ст. 46, п. 9 ч. 4 ст. 47, п. 1 ч. 1 ст. 53 УПК). Такие свидания могут происходить под визуальным наблюдением должностных лиц правоохранительных органов, но без прослушивания с их стороны содержания бесед.

Закон предусматривает право защитника *собирать и представлять* доказательства по делу (п. 2 ч. 1 ст. 53). Способы для этого служат: получение предметов, документов и иных сведений; опрос лиц с их согласия; получение заключения специалиста (ч. 3 ст. 80); истребование документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставить запрашиваемые документы или их копии. На наш взгляд,

в соответствии с принципом равенства сторон сведения, собранные защитником, *сразу являются доказательствами*, так же как и сведения, собираемые его процессуальными противниками — следователем, органом дознания, дознавателем, прокурором и судом. Вместе с тем по смыслу ч. 2 ст. 159 в ходе предварительного расследования следователь и дознаватель имеют фактическую возможность отказать в удовлетворении ходатайств защитника о приобщении к материалам уголовного дела собранных им доказательств, если сочтут, что обстоятельства, об установлении которых ходатайствует защитник, не имеют значения для данного уголовного дела. Однако по окончании предварительного расследования и ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела следователь обязан выяснить, какие свидетели, эксперты, специалисты подлежат вызову в судебное заседание для допроса и подтверждения позиции стороны защиты (ч. 4 ст. 217). В обвинительном заключении указывается перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты (п. 6 ч. 1 ст. 220). Кроме того, к обвинительному заключению прилагается список подлежащих вызову в судебное заседание лиц со стороны защиты с указанием их места жительства и (или) места нахождения (ч. 4 ст. 220). Суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании в качестве свидетеля или специалиста лица, явившегося в суд по инициативе сторон (ч. 4 ст. 271). Таким образом, защитник может добиться допроса ранее опрошенных им лиц в судебном разбирательстве, даже если следователь и дознаватель отказали ему в этом на предварительном расследовании. Письменные объяснения, полученные в результате опроса, заключения специалиста также могут быть представлены следователю, дознавателю и в суд. Что касается других доказательств (предметов и документов), полученных защитником и представленных им для рассмотрения в судебном разбирательстве, то по смыслу закона они должны быть приобщены следователем к материалам дела и направлены в суд наравне с доказательствами обвинения (см. об этом также § 5 гл. 7 учебника).

Защитник имеет право *присутствовать при предъявлении обвинения* (п. 4 ч. 1 ст. 50). Термин «присутствовать» не означает, что защитник лишь пассивно наблюдает за предъявлением обвинения. Он вправе знакомиться с постановлением о привлечении лица в качестве обвиняемого, снимать с него копии или делать выписки, при необходимости разъяснять подзащитному сущность обвинения, его права и обязанности, обсуждать с ним наедине и конфиденциально, в том числе до первого допроса, правовую позицию, которую необходимо занять по предъявленному обвинению.

Защитник имеет *право участвовать во всех допросах* защищаемого им подозреваемого или обвиняемого. В отношении иных следственных действий с участием подозреваемого или обвиняемого установлено правило о том, что защитник принимает в них участие лишь в случаях, если он или его подзащитный заявят об этом ходатайство. Защитник, участвующий в производстве следственного действия, вправе давать своему подзащитному в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и полноты записей в протоколе данного следственного действия. Следователь может отвести вопросы защитника, но обязан занести ответные вопросы в протокол. Кроме того, при проведении следственных действий защитник имеет право:

— делать заявления, подлежащие занесению в протокол следственного действия, замечания о дополнении и уточнении протокола (ч. 4, 6 ст. 166);

- на предъявление ему всего обнаруженного и изъятого при осмотре (ч. 4 ст. 177);
- знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы и ходатайствовать о внесении в него дополнительных вопросов эксперту; заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении; ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных им лиц либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении; присутствовать с разрешения следователя при производстве судебной экспертизы, давать объяснения эксперту; знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение, а также с протоколом допроса эксперта (ч. 1 ст. 198);
- участвовать в исследовании доказательств в судебном разбирательстве (ч. 1 ст. 248).

Согласно сложившейся судебной практике признается существенным нарушением уголовно-процессуального закона неизвещение защитника о проведении следственных действий, если он заявлял ходатайство о намерении в них участвовать¹.

Защитник вправе знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения и протоколами следственных действий, проведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, а также документами, которые им предъявлялись или должны были предъявляться (п. 6 ч. 1 ст. 53). Следует отметить, что защитнику, обвиняемому и подозреваемому должны предъявляться по их ходатайству и все решения, которые могут быть обжалованы ими вышестоящему прокурору или в суд. Как отметил Конституционный Суд РФ, «непременной составляющей права на судебную защиту является обеспечение заинтересованным лицам возможности представить суду доказательства в обоснование своей позиции, а также высказать свое мнение относительно позиции, занимаемой противоположной стороной, и приводимых ею доводов; без ознакомления с вынесенным в отношении заинтересованного участника процесса решением и его обоснованием он не в состоянии не только должным образом аргументировать свою жалобу в суд, но и правильно определить, будет ли обращение в суд отвечать его интересам»². Кроме того, Конституционный Суд РФ в другом своем решении указал, что «отказ защитнику в ознакомлении с материалами следствия, которые были добыты с участием подозреваемого или стали ему известны иным образом до признания его подозреваемым, как и ограничение права защитника выписывать из материалов, с которыми он был ознакомлен до окончания следствия, любые сведения и в любом объеме, не имеют разумного основания, не могут быть оправданы интересами следствия или иными конституционно значимыми целями, допускающими соразмерные ограничения прав и свобод»³. С учетом сказанного можно сделать вывод, что защитнику по его требованию должны быть представлены для ознакомления такие документы, как: постановление о возбуждении уголовного дела, постановления о привлечении в качестве обвиняемого, о назначении экспертизы, о продлении сроков содержания под стражей и сроков предварительного расследования, а также другие материалы доследственной проверки и предварительного рассле-

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 1997. № 2. С. 18.

² Определение Конституционного Суда РФ от 02.12.2000 № 285-О по жалобе гражданина Панфилова Р.П. на нарушение его конституционных прав ст. 92 УПК РСФСР.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 27.06.2000 № 11-П по делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 47 и ч. 2 ст. 51 УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова.

дования, которые были добыты с участием подозреваемого или стали ему известны иным образом до признания его подозреваемым. При этом необходимо принимать во внимание выводы, сделанные в Постановлении Конституционного Суда РФ от 27.03.96 г. по делу о проверке конституционности ст. 1 и 21 Закона РФ от 21.07.93 г. «О государственной тайне», согласно которому порядок участия адвоката в уголовном судопроизводстве, в том числе по делам, связанным со сведениями, составляющими государственную тайну, определяется исключительно УПК. Поэтому отказ следователя, дознавателя, прокурора и суда ознакомить защиту с материалами дела в части имеющих в материалах уголовного дела сведений, составляющих государственную тайну, является нарушением равенства сторон и права обвиняемого на защиту. Это, в частности, относится и к представленным в суд материалам, которые содержат сведения об оперативно-розыскной деятельности, составляющие согласно ст. 12 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» государственную тайну: например, к постановлениям руководителей оперативно-розыскных подразделений о проведении оперативно-розыскных мероприятий; к материалам, подтверждающим получение судебного разрешения на проведение этих мероприятий, и т.д. Если адвокат не имеет допуска к указанным сведениям, он обязан дать подписку об их неразглашении.

Защитнику предоставлено *право использовать иные, не запрещенные УПК средства и способы защиты* (п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК). Как представляется, к числу этих средств и способов можно, в частности, отнести следующие:

- внесудебное урегулирование конфликта между подзащитным и потерпевшим по делам, допускающим прекращение уголовного дела в связи с примирением сторон (ст. 25);

- открытое использование в ходе проведения следственных действий и судебных заседаний фотографирования, кино съемки, видео- и звукозаписи. В соответствии с ч. 5 ст. 241 проведение фотографирования, видеозаписи, кино съемки допускается *с разрешения председательствующего*. В отношении письменной, звуко- или аудиозаписи в ч. 5 ст. 241 предусмотрен не разрешительный, а явочный порядок, т.е. эти виды записи могут вестись по желанию любого лица, присутствующего в судебном заседании;

- обращение в средства массовой информации, в правозащитные организации и в международные суды;

- проведение медицинских обследований подозреваемого и обвиняемого и получение соответствующих заключений.

На защитника в уголовном процессе возлагаются и определенные *обязанности*. Своими действиями он не должен ухудшать положение подзащитного, обязан принимать все предусмотренные законом меры по защите, соблюдать порядок в судебном заседании. Адвокат также не вправе отказаться от принятой на себя защиты, занимать позицию вопреки воле доверителя (кроме случаев самооговора), разглашать сведения, ставшие ему известными в связи с оказанием юридической помощи без согласия доверителя. Защитник не вправе также разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с осуществлением защиты, если он был об этом заранее предупрежден, о чем у него берется подписка. За разглашение данных предварительного расследования защитник может быть привлечен к уголовной ответственности по ст. 310 УК РФ.

§ 16. ГРАЖДАНСКИЙ ОТВЕТЧИК

Согласно определению, данному в ч. 1 ст. 54 УПК, гражданский ответчик — это физическое или юридическое лицо, которое в соответствии с гражданским законодательством несет ответственность за вред, причиненный преступлением. По буквальному смыслу этого определения гражданским ответчиком может быть в первую очередь признан обвиняемый (осужденный), поскольку в соответствии с ГК РФ ответственность за вред, причиненный преступлением личности или имуществу гражданина, или имуществу юридического лица, несет *лицо, причинившее такой вред* (ч. 1 ст. 1064). Действительно, по общему правилу обвиняемый сам должен возмещать причиненный его деяниями вред, и к нему также может быть предъявлен гражданский иск. Однако гражданским ответчиком может быть и третье лицо, которое, не являясь само причинителем вреда, обязано возместить вред, причиненный деянием, по поводу которого ведется уголовное судопроизводство. В качестве гражданских ответчиков могут быть привлечены родители, опекуны, попечители или другие лица, которые в силу закона несут материальную ответственность за имущественный и моральный вред, причиненный преступными действиями обвиняемого.

Ответственность за вред, причиненный преступлением, в соответствии с ГК РФ могут нести вместо обвиняемого следующие лица:

1. *Юридические или физические лица, если вред был причинен обвиняемым, являвшимся их работником, при исполнении своих трудовых (служебных, должностных) обязанностей* как на основании трудового договора, так и по гражданско-правовому договору, если они при этом действовали или должны были действовать по заданию соответствующего юридического или физического лица и под его контролем за безопасным ведением работ. Хозяйственные товарищества (полные товарищества и товарищества на вере) и производственные кооперативы возмещают также вред, причиненный их участниками (членами) при осуществлении последними предпринимательской, производственной или иной деятельности товарищества или кооператива (ст. 1068 ГК РФ). Однако если вред был причинен работником во время исполнения его обязанностей, но *не в связи с ними* (например, в ходе его хулиганских действий, бытовой ссоры и т.д.), то ответственность не может возлагаться на указанных лиц.

2. *Юридические лица и граждане — владельцы источника повышенной опасности, посредством которого обвиняемым был причинен вред потерпевшему.* Однако следует иметь в виду, что ответственность на таких гражданских ответчиков может быть возложена лишь в тех случаях, если *они не докажут*, что: а) вред причинен вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего либо б) источник повышенной опасности выбыл из их владения в результате противоправных действий обвиняемого, который противоправно завладел таким источником (ст. 1079 ГК РФ). Если же выяснится, что источник повышенной опасности выбыл из владения не противоправно (например, в результате добровольной его передачи обвиняемому), его владелец должен нести ответственность. Также он может нести ответственность и тогда, когда имеется гражданско-правовая вина (как правило, в форме неосторожности) владельца источника повышенной опасности в противоправном изъятии этого источника из его обладания, в частности когда не была обеспечена надлежащая охрана или присмотр за источником повышенной опасности (ч. 2 ст. 1079 ГК РФ). В этом случае на каждого из

причинителей вреда судом может быть возложена ответственность за вред в долевом порядке в зависимости от степени вины каждого из них. Не признается владельцем источника повышенной опасности и не несет ответственности за вред перед потерпевшим лицо, эксплуатировавшее источник в качестве работника его владельца.

3. *Страховая организация*, в которой обвиняемый (например, в совершении нарушения правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, предусмотренного ст. 264 УК РФ) застраховал свою ответственность в порядке добровольного или обязательного страхования в пользу возможных в будущем потерпевших, но которая оспаривает свою обязанность выплатить потерпевшему страховое возмещение. Если страховое возмещение недостаточно для полного возмещения причиненного потерпевшему вреда, обвиняемый должен будет возместить ему разницу между страховым возмещением и фактическим размером ущерба (ст. 1072 ГК РФ).

4. *Родители (усыновители) или попечители (граждане или соответствующее воспитательное, лечебное учреждение, учреждение социальной защиты населения и др., которое в силу закона является попечителем) несовершеннолетнего в возрасте от 14 до 18 лет*. Однако ответственность на таких гражданских ответчиков может быть возложена судом лишь в тех случаях, если: а) у самого несовершеннолетнего нет доходов или иного имущества, *достаточных* для возмещения вреда (субсидиарная ответственность), либо б) родители (усыновители) или попечители *не докажут*, что вред возник не по их вине (ст. 1074 ГК РФ). Под виной в данном случае следует понимать как неосуществление должного надзора за несовершеннолетними, так и безответственное отношение к их воспитанию или неправомерное использование своих прав по отношению к детям, результатом которого явилось неправильное поведение детей, повлекшее вред (попустительство или поощрение озорства, хулиганских действий, безнадзорность детей, отсутствие к ним внимания и т.д.). Под виной воспитательных, лечебных учреждений, учреждений социальной защиты населения и т.д. понимается неосуществление ими должного надзора за несовершеннолетним в момент причинения вреда. Если будет установлено, что причинение несовершеннолетним вреда имело место как по вине родителей, попечителей, так и по вине воспитательных, лечебных учреждений, учреждений социальной защиты населения, то вред возмещается по принципу долевой ответственности в зависимости от степени вины каждого. Родители, проживающие отдельно от детей, несут ответственность за вред, причиненный детьми, на общих основаниях, предусмотренных ст. 1074 ГК РФ. Однако родитель может быть освобожден от ответственности, если докажет, что по вине другого родителя он был лишен возможности принимать участие в воспитании ребенка. На родителя, лишённого родительских прав, суд может возложить ответственность за вред, причиненный его ребенком, только в течение 3 лет после лишения родительских прав, причем при условии, что поведение ребенка, повлекшее причинение вреда, явилось следствием ненадлежащего осуществления родительских обязанностей еще до лишения родителя соответствующих прав (ст. 1075 ГК РФ). Необходимо учитывать, что ответственность за вред, причиненный несовершеннолетними, несут *оба родителя*, поэтому они должны признаваться и гражданскими ответчиками.

5. *Опекун лица, признанного недееспособным, либо юридическое лицо, обязанное осуществлять за ним надзор, если они не докажут, что вред возник не по их вине*. При этом ответственность может быть возложена, если опекун обладает достаточными средствами для возмещения вреда (ст. 1076 ГК РФ). Вместе с тем следует обратить

внимание на то, что согласно ч. 1 ст. 54 УПК гражданский ответчик несет ответственность лишь за вред, причиненный *преступлением*. Поэтому если производство по применению принудительных мер медицинского характера ведется в отношении лица, совершившего запрещенное уголовным законом деяние в состоянии *невменяемости*, когда о *преступлении* говорить нельзя, то иск к вышеназванным лицам может быть предъявлен лишь в порядке гражданского судопроизводства.

Гражданский ответчик появляется в деле не автоматически, в силу самого факта предъявления гражданского иска, а *привлекается* лицами, ведущими процесс, которые выносят об этом соответствующий акт (постановление либо определение). Права и обязанности гражданского ответчика во многом тождественны правам гражданского истца. Однако имеются и различия:

1) если гражданский истец вправе поддерживать иск, то гражданский ответчик вправе *знать* сущность исковых требований и обстоятельства, на которых они основаны, и возражать против предъявленного гражданского иска (п. 1, 2 ч. 2 ст. 54 УПК);

2) в отличие от положения гражданского истца (п. 9, 10, 13 ч. 4 ст. 44 УПК) действующий уголовно-процессуальный закон, к сожалению, прямо не предусматривает для гражданского ответчика таких прав, как: право знакомиться с протоколами следственных действий, произведенных с его участием; право участвовать в следственных действиях, производимых по его ходатайству либо ходатайству его представителя; право получать копии процессуальных решений, относящихся к предъявленному гражданскому иску (ст. 54 УПК). Однако представляется, что в силу принципа равенства сторон эти права должны принадлежать не только гражданскому истцу, но и гражданскому ответчику.

§ 17. СВИДЕТЕЛЬ

Свидетель — это лицо, которому могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения уголовного дела, и которое вызвано для дачи показаний (ч. 1 ст. 56 УПК). Таким образом, свидетелем считается лицо, одновременно удовлетворяющее следующим признакам: а) ему могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения данного уголовного дела; б) оно вызвано для дачи показаний. При этом вопрос о том, могут ли свидетелю быть известны относящиеся к делу обстоятельства, решается не им самим, а органом дознания, дознавателем, следователем, прокурором, судом. Подозреваемый, обвиняемый, защитник, потерпевший, гражданский истец и гражданский ответчик, а также их представители вправе заявить ходатайство о вызове и допросе лица в качестве свидетеля, которое разрешается лицом, ведущим процесс (ч. 2 ст. 159, ч. 8 ст. 234). Однако при окончании предварительного расследования с обвинительным заключением или обвинительным актом к этим документам приобщается список лиц, подлежащих вызову в судебное заседание, в том числе и со стороны защиты (ч. 4 ст. 220). Представляется, что в силу принципа равенства прав сторон в уголовном процессе следователь, а также прокурор не могут отказать во включении в этот список вызываемых стороной свидетелей или сократить его по своему усмотрению (п. 3 ч. 2 ст. 221). Это верно и потому, что даже суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или

специалиста, если оно явилось в суд по инициативе любой из сторон (ч. 4 ст. 271). Нет никаких оснований полагать, что и орган предварительного расследования вправе отступить в этом вопросе от начал состязательного процесса.

Некоторые лица не могут быть допрошены по определенным обстоятельствам как свидетели. К их числу законом отнесены: судьи, присяжные заседатели — об обстоятельствах уголовного дела, которые стали им известны в связи с участием в производстве по данному уголовному делу; адвокат, защитник подозреваемого, обвиняемого — об обстоятельствах, ставших им известными в связи с обращением к ним за юридической помощью или в связи с ее оказанием; священнослужитель — об обстоятельствах, ставших ему известными из исповеди; член Совета Федерации, депутат Государственной Думы без их согласия — об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с осуществлением ими своих полномочий (ч. 3 ст. 56); эксперт — по поводу сведений, ставших ему известными в связи с производством судебной экспертизы, если они не относятся к предмету данной судебной экспертизы (ч. 2 ст. 205).

Кроме указанных выше лиц, служебным свидетельским иммунитетом обладают Президент РФ — на основании Конституции РФ (ст. 91); Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации — на основании Федерального конституционного закона от 26.02.97 № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» (ст. 12), а также лица, наделенные дипломатической неприкосновенностью, — на основании ч. 2 ст. 3 УПК.

Обстоятельствами уголовного дела, которые стали известны судьям или присяжным заседателям в связи с участием в производстве по данному уголовному делу, являются как те, о которых они узнали в ходе судебных следственных действий, так и любые другие обстоятельства этого уголовного дела. Под обстоятельствами уголовного дела в данном случае следует понимать не только обстоятельства события преступления, наличие или отсутствие виновности обвиняемого и другие обстоятельства, входящие в предмет доказывания (ст. 73), но и обстоятельства производства самого уголовного дела, в том числе суждения, высказанные во время совещания судей или присяжных заседателей; действия участников процесса и действия третьих лиц в отношении участников процесса, которые были лично восприняты судьями и присяжными заседателями либо данные о которых были сообщены им любыми лицами как в ходе судебного заседания, так и за его пределами, и т.д. Смысл данного положения заключается в гарантировании независимости судей, которые не должны опасаться применения к ним в дальнейшем каких бы то ни было санкций в связи с их участием в рассмотрении дела, в том числе тех, которые предусмотрены для свидетелей за отказ от дачи показаний.

Еще более широк круг обстоятельств, о которых не может быть допрошен адвокат или защитник подозреваемого, обвиняемого. Они не допрашиваются не только об обстоятельствах данного уголовного дела, но и о любых других обстоятельствах, ставших им известными в связи с обращением к ним за юридической помощью или в связи с ее оказанием. В то же время адвокат, защитник вправе по его ходатайству давать показания в интересах своего подзащитного, например по факту фальсификации материалов дела следователем¹.

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2003 № 108-О по жалобе Цицкишвили Г.В. на нарушение его конституционных прав п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ // Российская газета. 27.05.2003.

Напротив, могут быть свидетелями следователи, дознаватели, прокуроры, в производстве которых находилось данное уголовное дело. Однако в случае, если следователь, дознаватель, прокурор были допрошены в качестве свидетелей, они утрачивают право продолжать производство предварительного расследования по данному делу (п. 1 ч. 1 ст. 61).

Свидетель вправе отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников. При согласии свидетеля дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и в случае его последующего отказа от этих показаний. В перечень близких родственников согласно п. 4 ст. 5 входят супруг, супруга, родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и сестры, дедушка, бабушка, внуки. Следует иметь в виду, что право не свидетельствовать — это не то же самое, что быть свидетелем. Свидетель — тот, кто вызван для допроса. Он обязан явиться по вызову и дать показания, за исключением тех, о которых говорилось выше.

Право не свидетельствовать против самого себя и своих близких родственников не сводится только к праву свидетеля отказаться от ответа на вопросы, имеющие прямо инкриминирующий характер, но распространяется и на сведения о любых других фактах, которые могут прямо или косвенно, непосредственно или опосредованно быть использованными против интересов указанных лиц. Право не свидетельствовать против себя и своих близких не означает, что следователь не может задавать свидетелю подобные вопросы, а свидетель не вправе на них отвечать, поскольку это его право, а не обязанность. При согласии лиц, обладающих свидетельским иммунитетом, дать показания дознаватель, следователь, прокурор и суд предупреждают их о том, что данные ими показания могут использоваться в качестве доказательств в ходе дальнейшего производства по уголовному делу.

Устанавливая право свидетеля не свидетельствовать против близких родственников, закон не предусматривает его права отказаться дать показания против иных близких ему лиц и родственников. Так, обязаны свидетельствовать друг против друга лица, состоящие в незарегистрированном браке, отцы и дети, рожденные в таком браке, если в свидетельстве о рождении отец не записан как родитель ребенка или иным образом не доказано их близкое родство, и т.п.

Свидетель, помимо права не свидетельствовать против самого себя и своих близких, имеет также и ряд других прав. Он может давать показания на родном языке или языке, которым он владеет; заявлять отвод переводчику; заявлять ходатайства и приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и судьи, принимаемые в ходе досудебного производства (ст. 125); являться на допрос с адвокатом (ч. 5 ст. 189); ходатайствовать о применении мер безопасности (ч. 3 ст. 11). При наличии достаточных данных о том, что свидетелю, а также его близким родственникам, родственникам или близким лицам угрожают убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением их имущества либо иными опасными противоправными деяниями, суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают в пределах своей компетенции в отношении указанных лиц меры безопасности (п. 7 ч. 4 ст. 56, ч. 3 ст. 11). К числу этих мер относятся:

— исключение из протокола следственного действия данных о личности свидетеля, вместо которых следователь с согласия прокурора указывает в протоколе при-

своенный свидетелю псевдоним и приводит образец его подписи, которые он будет использовать в протоколах следственных действий, произведенных с его участием (ч. 9 ст. 166);

— допрос свидетеля в судебном заседании без оглашения подлинных данных о личности свидетеля в условиях, исключающих визуальное наблюдение свидетеля другими участниками судебного разбирательства. В случае заявления сторонами обоснованного ходатайства о раскрытии подлинных сведений о лице, дающем показания, в связи с необходимостью осуществления защиты подсудимого либо установления каких-либо существенных для рассмотрения уголовного дела обстоятельств суд вправе предоставить сторонам возможность ознакомления с указанными сведениями (ч. 5, 6 ст. 278).

Необходимо, однако, учитывать, что применение названных положений должно происходить с применением обязательных для России положений Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г. Согласно подп. (d) п. 3 ст. 6 Конвенции каждый человек, обвиняемый в совершении уголовного преступления, имеет право допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены. Европейский Суд по правам человека в решении по делу «Ван Мехелен и другие против Нидерландов» от 23.04.97 г. дает толкование этой нормы в соотношении с мерами безопасности свидетеля следующим образом: «Если сохраняется анонимность свидетеля обвинения, защита сталкивается с такими трудностями, которых при рассмотрении уголовных дел обычно быть не должно». Соответственно, Европейский Суд в решении по данному делу признал, что в таких случаях п. 1 и 3 (d) ст. 6 Конвенции требуют, чтобы эти трудности защиты *«в достаточной мере уравнивались судебной процедурой»* (курсив мой. — А.С.), причем «обвинительный приговор не должен основываться единственно или в решающей степени на анонимных утверждениях». По мнению Суда, высказанному в п. 62, 64 данного решения, достаточной судебной процедурой, уравнивающей анонимность допроса свидетелей, является их заслушивание в присутствии не только обвинителя, но и защитника-адвоката, который имел бы возможность *наблюдать и оценивать поведение свидетеля во время допроса*¹. Таким образом, одного лишь раскрытия по дискреционному усмотрению суда сведений о лице, дающем показания, как это предусматривает ч. 6 ст. 278 УПК РФ, может оказаться недостаточно; суд, исходя из приоритетных норм международного права, обязан по требованию стороны защиты предоставить защитнику-адвокату возможность участвовать в допросе анонимных свидетелей. При этом показания таких свидетелей не могут служить основными доказательствами виновности и должны убедительно подтверждаться совокупностью других доказательств.

Кроме того, в отношении свидетеля могут быть применены меры безопасности, предусмотренные Федеральным законом от 20.08.2004 № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства»: личная охрана, охрана жилища и имущества; выдача специальных средств индивидуальной защиты, связи и оповещения об опасности; обеспечение конфиденциальности сведений о защищаемом лице; переселение на другое место жительства; замена до-

¹ См.: Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. М., 2000. Т. 2. С. 443—446.

кументов; изменение внешности; изменение места работы (службы) или учебы; временное помещение в безопасное место и др.

Свидетель не вправе: уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд; давать заведомо ложные показания либо отказываться от дачи показаний; разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу, если он был об этом заранее предупрежден. Уклонением от явки свидетеля по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд может считаться только его неявка без уважительных причин. К числу уважительных причин относятся: болезнь самого свидетеля или членов его семьи, за которыми, кроме него, некому осуществлять уход; неполучение им повестки, стихийное бедствие, отсутствие необходимого транспорта при местонахождении свидетеля в отдаленном районе и т.п. При установлении того, что уважительные причины отсутствуют, свидетель может быть подвергнут приводу.

§ 18. ЭКСПЕРТ

Эксперт — лицо, обладающее специальными знаниями и назначенное дознавателем, следователем или судом для производства судебной экспертизы и дачи заключения (ч. 1 ст. 57 УПК). Эксперт — не всякое лицо, обладающее специальными познаниями и привлеченное к участию в процессе. Кроме него, таким условиям отвечает также специалист. В отличие от специалиста, эксперт привлекается к участию в процессе путем вынесения соответствующего процессуального акта: постановления дознавателя, следователя, прокурора, судьи или определения суда. Кроме того, эксперт привлекается для выполнения *самостоятельных* экспертных исследований, т.е. проводит их с использованием методов, определяемых им лишь по собственному разумению, в то время как специалист, если он участвует в тех или иных следственных действиях, должен выполнять все указания следователя, дознавателя, прокурора, суда. Наконец, эксперт привлекается для дачи *экспертного заключения* — особого вида доказательств, тогда как целью привлечения специалиста является содействие в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств для исследования материалов уголовного дела, а также постановка вопросов эксперту, разъяснение сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию (ч. 1 ст. 58).

Специальные познания, которыми должен обладать эксперт, — это познания в области науки, техники, промышленного производства, искусства или других специальных отраслей человеческой деятельности. Закон не требует, чтобы познания эксперта обязательно были профессиональными, за исключением случаев, когда экспертиза проводится в экспертном учреждении. Однако они должны быть достаточно глубокими для проведения соответствующих исследований и дачи ответов на поставленные вопросы.

Эксперт вправе:

— *знакомиться с материалами уголовного дела, относящимися к предмету судебной экспертизы.* Получение экспертом информации об указанных материалах происходит в форме ознакомления эксперта с постановлением (определением) о назначении экспертизы, в котором излагаются сведения об обстоятельствах события преступления, обстоятельствах и условиях получения объектов для экспертного исследования, дается необходимое описание самих объектов и иных материалов, предоставляемых в распо-

ряжение эксперта. Кроме того, он вправе знакомиться и с другими материалами дела, если они относятся к предмету экспертизы, а также ходатайствовать о предоставлении ему дополнительных материалов (объектов экспертного исследования, доказательств), необходимых для дачи заключения. Ознакомление эксперта с материалами дела может происходить также путем непосредственного участия эксперта с разрешения лиц, ведущих процесс, в проведении следственных и иных процессуальных действий (например, при получении образцов для сравнительного исследования — ст. 202), где он вправе задавать вопросы, относящиеся к предмету данной экспертизы;

— *ходатайствовать о предоставлении ему дополнительных материалов*, необходимых для дачи заключения. Если эти материалы в уголовном деле отсутствуют, они могут быть получены органами предварительного расследования и судом путем собирания дополнительных доказательств;

— *участвовать с разрешения дознавателя, следователя, прокурора и суда в процессуальных действиях* и задавать при этом вопросы, относящиеся к предмету судебной экспертизы;

— *давать заключение в пределах своей компетенции*, в том числе по вопросам хотя и не поставленным в постановлении о назначении судебной экспертизы, но имеющим отношение к предмету экспертного исследования. Принято различать объективно-научный, или *предметный*, уровень компетенции эксперта, т.е. объем специальных знаний по определенному кругу вопросов (предмету экспертизы), которым в той или иной степени должен обладать любой специалист данного рода, вида или подвида судебной экспертизы, а также *субъективный* уровень компетенции, под которым понимается степень владения конкретным эксперта теорией и методикой проведения экспертизы данного рода, вида или подвида. Предмет экспертизы того или иного рода определяется предметом соответствующей отрасли знаний, которая должна использоваться в экспертном исследовании (криминалистика, судебная медицина, судебная психиатрия и т.д.). Субъективный уровень компетенции не всегда может в полном объеме и степени соответствовать предметному уровню компетенции данного эксперта. Это необходимо учитывать дознавателю, следователю, прокурору, суду при поручении экспертизы конкретному эксперту, ибо закон не разрешает поручать производство экспертизы лицу, если вопросы, по которым оно должно дать заключение, выходят за пределы его специальных познаний;

— *ходатайствовать о привлечении к производству судебной экспертизы других экспертов*. Речь идет не о тех случаях, когда предметный или субъективный уровень компетенции эксперта не соответствует предмету экспертизы или недостаточен для дачи квалифицированных ответов на поставленные вопросы, — тогда эксперт должен отказаться от дачи заключения, а о тех ситуациях, когда предстоит слишком большой объем исследований либо если привлечение дополнительных экспертов, имеющих специальные познания по тому же предмету, позволит скорее и вернее выработать правильное заключение. Если же эксперт придет к выводу, что для дачи заключения необходимо проведение не однородной (т.е. в пределах одной предметной компетенции), а комплексной экспертизы (требующей различной предметной компетенции экспертов), он должен отказаться от дачи заключения, после чего назначается новая, комплексная судебная экспертиза. Отказ от дачи заключения может иметь место по всем либо только по отдельным вопросам, которые выходят за пределы специальной компетенции эксперта (т.н. сужение предмета экспертизы);

— *подавать жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права;*

— *отказаться от дачи заключения по вопросам, выходящим за пределы его специальной компетенции, а также в случаях, если представленные ему материалы недостаточны для дачи заключения. Отказ от дачи заключения должен быть заявлен экспертом в письменном виде с изложением мотивов отказа.*

Обязанности эксперта сформулированы в ч. 4 ст. 57 в виде запретов на то, чего не вправе делать эксперт. Так, он не вправе без ведома следователя и суда вести переговоры с участниками уголовного судопроизводства по вопросам, связанным с производством судебной экспертизы, а также самостоятельно собирать материалы для экспертного исследования. Объясняется это тем, что оценка доказательств в их совокупности и последующий отбор материалов уголовного дела, предназначенных для экспертного исследования, относятся лишь к компетенции дознавателя, следователя и суда. Поэтому эксперт не вправе исследовать и собирать материалы, не указанные в постановлении (определении) о назначении экспертизы и не предназначенные быть объектами исследования. Вместе с тем в ч. 4 ст. 202 предусматривается право эксперта получать образцы для сравнительного исследования. При этом получать указанные образцы (например, так называемых *веществ-свидетелей* при проведении судебно-химической экспертизы) эксперт может только при том условии, если это является частью методики самой судебной экспертизы. Анализ положений ст. 57 и 202 показывает, что следователь получает образцы для сравнительного исследования лишь при определенных, одновременно действующих условиях: а) когда их надо получить у подозреваемого, обвиняемого, а также у свидетеля или потерпевшего; б) когда возникла необходимость проверить, оставлены ли ими следы в определенном месте или на вещественных доказательствах. Представляется, что в остальных случаях получение образцов может являться частью судебной экспертизы и входить в круг обязанностей эксперта. Тем не менее следует констатировать, что уровень гарантий достоверности исследований с использованием образцов для сравнительного исследования, полученных самим экспертом, по сути непроцессуальными способами, обычно ниже тех, где используются образцы, полученные по постановлению следователя или дознавателя и с составлением соответствующего протокола (ч. 1—3 ст. 202). В этой связи происхождение и достоверность образцов, полученных самим экспертом, должны подвергаться особо тщательному исследованию и оценке.

Эксперт не вправе уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или в суд; давать заведомо ложное заключение и разглашать данные предварительного расследования, ставшие известными ему в связи с участием в уголовном деле в качестве эксперта, если он был об этом заранее предупрежден. За дачу заведомо ложного заключения или за разглашение данных предварительного расследования эксперт несет уголовную ответственность по ст. 307, 310 УК РФ.

§ 19. СПЕЦИАЛИСТ

Так же как и эксперт, специалист обладает специальными знаниями в области науки, техники, промышленного производства, искусства или других специальных отраслей человеческой деятельности. Однако предмет деятельности специалиста в уголовном судопроизводстве несколько иной, чем у эксперта. Специа-

лист привлекается сторонами или судом к участию в деле для выполнения следующих задач (ст. 58 УПК):

- содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов в ходе любых следственных действий;
- применения технических средств в исследовании материалов уголовного дела;
- постановки вопросов эксперту;
- разъяснения вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию.

Постановка специалистом, привлеченным по инициативе той или иной стороны, вопросов экспертам возможна при назначении судебной экспертизы. Разъяснение специалистом сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, может происходить в следующих случаях:

- в ходе его участия в проведении следственных действий по обнаружению, закреплению и изъятию предметов и документов, а также применению технических средств для исследования материалов уголовного дела;
- при участии специалиста-педагога в допросе несовершеннолетнего потерпевшего, свидетеля, подозреваемого, обвиняемого (ст. 191, 280, 425);
- при даче специалистом письменного заключения по инициативе той или иной стороны или сторон (ч. 3 ст. 80);
- при допросе специалиста в ходе досудебной подготовки или в суде (ч. 4 ст. 80, ч. 4 ст. 271).

В последних двух случаях разъяснение специалистом вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию, может до некоторой степени составить конкуренцию заключению эксперта. В своем заключении или показаниях (ч. 3, 4 ст. 80) специалист может давать уже известным суду обстоятельствам новое освещение, проясняющее их истинное значение, и, кроме того, с помощью специальных познаний и приемов выявлять перед судом обстоятельства, которые без разъяснения специалиста могли бы оставаться вне поля зрения суда. Как и эксперт, специалист излагает суду свое суждение и мнение о фактах, которое, однако, оформляется не экспертным заключением, а заключением или показаниями специалиста.

Вместе с тем было бы ошибкой отождествлять данное в суде заключение эксперта и разъяснение специалиста, содержащееся в его заключении или показаниях. Можно сказать, что эксперт обязан не только говорить, но и действовать. Он проводит именно *исследования*, т.е. действия, требующие отдельных от судебного заседания условий и времени (опыты, действия по сравнению и идентификации объектов, сложные вычисления и т.п.). Иначе — при даче разъяснений специалистом. Обязанность специалиста по даче разъяснений есть обязанность *к слову, а не к делу*. Давая разъяснения, он лишен возможности проводить какие-либо исследования, кроме тех, которые состоят в логических умозаключениях с использованием специальных знаний. Причем эти умозаключения должны быть доступны восприятию и пониманию специалистов даже в условиях продолжающегося судебного заседания, ибо они составляют содержание *разъяснений*. Таким образом, разъяснения специалиста не могут заменить заключения эксперта, если ответы на неясные вопросы нуждаются в самостоятельных исследованиях.

Вызов специалиста — право не только органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда, но и других участников процесса, действующих как на стороне

обвинения, так и на стороне защиты. Однако специалист имеет право отказаться от участия в производстве по уголовному делу, если он не обладает соответствующими специальными знаниями, причем, так же как и эксперт, он не несет уголовной ответственности за отказ от участия в деле. Отказ специалиста от участия в деле может иметь место и при наличии оснований для его самоотвода (ст. 62, 71). Помимо отказа от участия в производстве по уголовному делу, специалист также имеет право задавать с разрешения дознавателя, следователя, прокурора и суда вопросы участникам следственного действия; он может знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он участвовал, и делать заявления и замечания, которые подлежат занесению в протокол; подавать жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права. Кроме того, специалист вправе претендовать на выплату ему сумм на покрытие расходов, связанных с явкой к месту производства процессуальных действий и проживанием (п. 1 ч. 2 ст. 131).

Специалист не вправе уклоняться от явки по вызовам дознавателя, следователя, прокурора или суда; он обязан не разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу в качестве специалиста, если он был об этом заранее предупрежден.

§ 20. ПЕРЕВОДЧИК

Согласно ст. 26 Конституции РФ «каждый имеет право на пользование родным языком, на свободный выбор языка общения». Это право может быть реализовано путем ведения уголовного судопроизводства как на русском языке, так и на государственных языках республик — субъектов Российской Федерации, а также предоставлением участвующим в деле лицам, не владеющим или недостаточно владеющим языком, на котором ведется производство по уголовному делу, возможности делать заявления, давать объяснения и показания, заявлять ходатайства, подавать жалобы, знакомиться с материалами уголовного дела, выступать в суде на родном языке или другом языке, которым они владеют, а также бесплатно пользоваться помощью переводчика (ст. 18 УПК). В качестве переводчика может быть привлечено к участию в процессе любое лицо, свободно владеющее языком, на котором ведется судопроизводство. При этом оно не обязательно должно иметь специальность или профессию переводчика.

Если лица, ведущие процесс, сами владеют другим языком, на котором способен общаться участник процесса, они не могут быть переводчиками, ибо при совмещении разных процессуальных функций подлежат отводу (п. 2 ч. 1 ст. 61). Переводчик не может участвовать в деле и подлежит отводу по основаниям, указанным в ст. 61, 69, в том числе если он является свидетелем, близким родственником или родственником любого из участников производства по делу либо как-нибудь иначе лично заинтересован в исходе данного уголовного дела. Вместе с тем участники процесса могут ходатайствовать о назначении переводчика из числа указанных ими лиц. При отсутствии оснований для его отвода такое лицо может быть допущено в качестве переводчика. О назначении лица переводчиком дознаватель, следователь, прокурор или судья выносит постановление, а суд — определение.

Следственные и судебные документы, которые подлежат обязательному вручению подозреваемому, обвиняемому, а также другим участникам процесса, переводят на их родной язык или иной язык, которым они владеют. К числу этих документов относятся: копии постановлений о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица, об отказе в возбуждении уголовного дела и прекращении уголовного дела, о привлечении лица в качестве обвиняемого, обвинительного заключения с приложениями, обвинительного акта, приговора, протокола обыска, выемки, копия решения о применении меры пресечения, извещение о реабилитации и т.д.

Разъяснение переводчику его прав, обязанностей и возможной ответственности происходит до начала выполнения переводчиком его обязанностей. В судебном разбирательстве разъяснение переводчику его прав и ответственности осуществляется председательствующим в подготовительной части судебного разбирательства сразу после открытия судебного заседания и проверки явки в суд.

Участие переводчика в следственных и иных процессуальных действиях фиксируется в протоколах этих действий, которые подлежат подписанию в числе других участников и переводчиком после ознакомления с их содержанием.

Переводчик имеет право: задавать вопросы участникам уголовного судопроизводства в целях уточнения перевода; знакомиться с протоколом следственного действия, в котором он участвовал, а также с протоколом судебного заседания и делать замечания по поводу правильности записи перевода, подлежащей занесению в протокол; подавать жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда, ограничивающие его права, а также право на покрытие ему расходов, связанных с явкой к месту производства процессуальных действий и проживанием (п. 1 ч. 2 ст. 131).

Переводчик обязан: являться по вызову следователя, дознавателя, органа дознания, прокурора, судьи или суда; выполнять правильный перевод в ходе производства следственных и иных процессуальных действий, а также перевод процессуальных документов; не разглашать данные предварительного расследования, ставшие ему известными в связи с участием в производстве по уголовному делу в качестве переводчика, если он был об этом заранее предупрежден в порядке, установленном ст. 161 УПК.

За заведомо неправильный перевод и разглашение данных предварительного расследования предусмотрена уголовная ответственность.

§ 21. ПОНЯТЫЕ

Понятые — это не заинтересованные в исходе уголовного дела лица, привлекаемые дознавателем, следователем или прокурором для удостоверения факта производства следственного действия, а также содержания, хода и результатов следственного действия (ст. 60 УПК). Таким образом, понятые участвуют в обеспечении достоверной стороны доказывания в уголовном судопроизводстве, гарантируя достоверность результатов следственных действий.

Понятыми могут быть только не заинтересованные в исходе уголовного дела лица. Закон прямо не раскрывает содержание такой заинтересованности, однако по смыслу закона это может быть любая заинтересованность в исходе дела — не только личная (например, в случае родственных или иных близких отношений, долговых обязательств

понятых с кем-либо из участников процесса, выступающих на стороне обвинения или на стороне защиты, и т.п.), но и служебная: например, заинтересованность понятых в силу их зависимости по работе от лиц, участвующих в следственном действии, либо их общей ведомственной принадлежности к органам, осуществляющим уголовное преследование. Поэтому лица, являющиеся сотрудниками таких органов, находящиеся в организационном подчинении лицу, проводящему данное следственное действие, либо его начальству, не могут быть понятыми. Например, сотрудник милиции общественной безопасности, обеспечивающий охрану места происшествия, прямо не подчинен следователю органа внутренних дел, но вместе с ним находится в подчинении начальника данного органа и может быть заинтересован в исходе уголовного преследования, а значит, не должен привлекаться в качестве понятого при проведении осмотра. Это относится не только к аттестованным сотрудникам правоохранительных органов, но и к их административно-техническому персоналу, водителям служебных машин и др. Недопустимо привлечение к участию в следственных действиях понятых на основе возмездных договоров.

Если обнаружены данные, указывающие на возможную заинтересованность в деле лиц, приглашаемых в качестве понятых, в частности когда сторона защиты выдвигает доводы против их участия, бремя опровержения этих доводов в силу принципа презумпции невиновности лежит на стороне обвинения (ч. 2 ст. 14), организовавшей проведение следственного действия. Последняя должна доказать, что в качестве понятых ею были привлечены не заинтересованные лица.

Вместе с тем закон устанавливает определенный круг лиц, которые в любом случае не могут быть понятыми, даже если доказано, что они не заинтересованы в исходе дела. Согласно ч. 2 ст. 60 запрещается привлекать в качестве понятых: а) несовершеннолетних; б) участников уголовного судопроизводства, их близких родственников и иных родственников; в) работников органов исполнительной власти, наделенных в соответствии с федеральным законом полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности или предварительного расследования.

Закон признает обязательным участие понятых при проведении не всех, а только определенных следственных действий. К их числу относится: осмотр места происшествия, местности, жилища, иного помещения, предметов и документов (ст. 177); эксгумация и осмотр трупа (ст. 178); следственный эксперимент (ст. 181); обыск (ст. 182); выемка (ст. 183); осмотр и выемка задержанных почтово-телеграфных отправлений (ч. 5 ст. 185); осмотр фонограмм, контроль и запись переговоров (ч. 7 ст. 186); предъявление для опознания (ст. 193); проверка показаний на месте (ст. 194). При этом понятых должно быть не менее двух. Помимо этого обязательно привлечение понятых для удостоверения факта невозможности подписания протокола лицом, когда в следственном действии не участвуют его представители (ч. 3 ст. 167). Понятые привлекаются, как правило, для осуществления тех процессуальных действий, которые основаны на методе *наблюдения*. При проведении всех прочих следственных действий закон не требует обязательного присутствия понятых, хотя и не воспрещает этого, если следователь по ходатайству участников уголовного судопроизводства или по собственной инициативе не примет иное решение (ч. 2 ст. 170). То есть понятые факультативно могут присутствовать при освидетельствовании, наложении ареста на имущество, получении образцов для сравнительного исследования и т.д. Однако понятые обычно не привлекаются для участия в тех следственных действиях, при про-

изводстве которых используется метод расспроса или специального исследования (допрос, очная ставка, производство экспертизы).

Понятые вправе: участвовать в следственном действии и делать по поводу следственного действия заявления и замечания, подлежащие занесению в протокол; знакомиться с протоколом следственного действия, в производстве которого он участвовал; приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя и прокурора, ограничивающие его права.

Понятые обязаны являться по вызову, не разглашать данные предварительного расследования в соответствии с отобранной от каждого подпиской. За разглашение данных предварительного расследования понятой может быть привлечен к уголовной ответственности по ст. 310 УК РФ.

§ 1. ПОНЯТИЕ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ, ИСКЛЮЧАЮЩИХ УЧАСТИЕ В ПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ. ОТВОДЫ И САОМОТВОДЫ

Правосудие должно быть справедливым. Этому служат прежде всего состязательность процесса, принципы равенства сторон и независимости суда. Ведь даже соперничество формально равных сторон превращается в фарс, если судья пристрастен и необъективен. Чрезвычайно опасна для судопроизводства также предвзятость прокурора, следователя, дознавателя. Закон не может требовать от них быть «чище снега альпийских вершин», но он способен добиться того, чтобы никто из них не был *«судьей в своем собственном деле»*. Для этого существует институт *отвода*, т.е. отстранения от участия в деле, участников судопроизводства ввиду обстоятельств, исключающих такое участие. Нормы этого института распространяются не на всех субъектов уголовно-процессуальной деятельности, но лишь на тех, кто правомочен принимать по делу решения (судья, прокурор, следователь, дознаватель), либо содействует осуществлению правосудия (секретарь судебного заседания, эксперт, переводчик), либо берется защищать интересы сторон (адвокат, представители потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика).

Согласно ст. 61 УПК судья, прокурор, следователь, дознаватель не может участвовать в производстве по уголовному делу, если он: 1) является потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком или свидетелем по данному уголовному делу; 2) участвовал в качестве присяжного заседателя, эксперта, специалиста, переводчика, понятого, секретаря судебного заседания, защитника, законного представителя подозреваемого, обвиняемого, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика, а судья также — в качестве дознавателя, следователя, прокурора в производстве по данному уголовному делу; 3) является близким родственником или родственником любого из участников производства по данному уголовному делу; 4) либо имеются *иные обстоятельства, дающие основание полагать*, что он лично, прямо или косвенно, заинтересован в исходе данного уголовного дела.

Названные обстоятельства являются основанием для отвода не только судьи, прокурора, следователя и дознавателя, но и секретаря судебного заседания, переводчика, эксперта, специалиста. Основания для отвода защитника несколько отличаются от названных выше, обладая известным своеобразием (см. о них § 5 настоящей главы).

Очевидна личная заинтересованность судьи (прокурора, следователя, дознавателя и др.) в исходе уголовного дела, если любой из них признан потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком. Однако исключением из общего правила является такое основание для отвода этих лиц, как *положение свидетеля* по данному уголовному делу. Если названные лица — свидетели, то причиной для их отвода в данном случае служит не личная заинтересованность в исходе дела, а то, что свидетель (особенно свидетель-очевидец) события преступления уже не нуждается в доказательствах и исход дела для него заранее предрешен. Процесс не нужен ему, и следова-

тельно, он не нужен процессу. Надо иметь в виду, что понятие свидетеля в данном случае шире, чем общее понятие свидетеля, которое дано в ст. 56 УПК. По смыслу, которое придает этому основанию для отвода правоприменительная практика, свидетель здесь — не только лицо, *вызванное* для дачи показаний, но и то, которое по обстоятельствам дела *объективно должно быть вызвано* и допрошено как свидетель. Когда, например, сотрудники органа дознания, производившие задержание подозреваемого, являлись очевидцами события преступления, а других очевидцев установлено не было, сотрудники органа дознания должны быть допрошены в качестве свидетелей, что исключает их участие в производстве по делу после его возбуждения. Если же эти сотрудники все-таки выполняли какие-либо следственные действия, все полученные ими доказательства следует признать недопустимыми как полученные лицами, которые должны были быть свидетелями. Следует обратить внимание, что закон (ч. 1 ст. 61) говорит лишь о невозможности для таких лиц участвовать в производстве *по делу*, следовательно, до возбуждения уголовного дела они могут предпринимать некоторые разрешенные законом процессуальные действия, в частности участвовать в осмотре места происшествия, производить фактическое задержание (ст. 91).

Впрочем, в крайне редких случаях, несмотря на то что сотрудник органа дознания был очевидцем события преступления, он, на наш взгляд, все же не подпадает под основания для отвода и может участвовать в производстве расследования. Речь идет о неотложных следственных ситуациях, когда собранных доказательств виновности с избытком достаточно, поэтому отсутствует необходимость *вызывать* данного сотрудника органа дознания для допроса в качестве свидетеля (например, преступление совершено при большом стечении народа и недостатка в свидетелях нет). Тогда собранные сотрудниками органа дознания — очевидцами преступления доказательства могут считаться допустимыми¹.

Предыдущее участие судьи, прокурора, следователя, дознавателя в производстве по данному делу в качестве: присяжного заседателя, эксперта, специалиста, переводчика, понятого, секретаря судебного заседания, защитника, законного представителя подозреваемого, обвиняемого, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика, а судьи, кроме того, в качестве дознавателя, следователя, прокурора (п. 2 ч. 1 ст. 61) исключает их участие в судопроизводстве по той причине, что в деятельности таких лиц смешиваются различные, несовместные между собой процессуальные функции (правосудия, обвинения, защиты, а также содействия правосудию). В таком случае беспристрастие лица, ведущего процесс, объективно ставится под сомнение.

В качестве оснований для отвода судьи, прокурора, следователя, дознавателя предусмотрены отношения *родства* этих лиц с другими участниками процесса (п. 3 ч. 1 ст. 61). Не рассматриваются как основание для отвода их нахождение в отношениях *свойства* (братья, сестры, родители и дети другого супруга). Однако если лицо, ведущее процесс, связано с другими участниками судопроизводства, заинтересованными в исходе дела, близкими отношениями (например, тесными семейными узами, личной дружбой и т.п.), то оно может быть отведено по другому основанию, а именно ввиду наличия *иных обстоятельств*, дающих основание полагать, что оно лично, прямо или косвенно, заинтересовано в исходе данного уголовного дела (ч. 2 ст. 61).

¹ В литературе высказывалась и другая, прямо противоположная позиция по данному вопросу (см.: *Смыслов В.И.* Свидетель в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 31—32).

К сожалению, в ст. 61 УПК не указано такое основание отвода судей, прокуроров, следователей и дознавателей, как проявление ими в процессе предвзятости и необъективности, если они, например, явно попирают процессуальный закон и права участников процесса; оскорбляют их честь и достоинство; открыто выказывают враждебность к обвиняемому; высказывают свое мнение о виновности подсудимого при отсутствии необходимых доказательств, но делают это не в силу *личной* заинтересованности в исходе дела, а из иных побуждений (антипатии к личности обвиняемого, защитника, потерпевшего; психологической установки на борьбу с преступностью любой ценой и т.п.). Иногда интересы участников процесса страдают от таких действий больше, чем при наличии формальных оснований для отвода. Это, однако, не означает, что не существует правовых средств, направленных против подобного поведения лиц, ведущих процесс. Такого рода незаконные или неблаговидные действия следователей, дознавателей, прокуроров участники процесса могут фиксировать в материалах дела путем подачи письменных ходатайств и заявлений или занесения их в протоколы следственных действий. Представляется, что подобные действия следователей, дознавателей и прокуроров могут быть обжалованы в суд в порядке ст. 125 УПК как способные причинить ущерб конституционным правам и свободам участника процесса — равенству всех перед законом и судом, достоинству личности, презумпции невиновности (ст. 19, 21, 49 Конституции РФ). Суд в этом случае вправе призвать соответствующее должностное лицо к порядку, обязав его устранить допущенное нарушение: например, предписать заново провести соответствующее процессуальное действие в полном соответствии с законом, поручить расследование другому лицу.

При наличии оснований для отвода судья, прокурор, следователь, дознаватель, секретарь судебного заседания, переводчик, эксперт, специалист, защитник, а также представители потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика обязаны устраниваться от участия в производстве по уголовному делу, т.е. заявить *самоотвод*. В случае если указанные лица сами не уstraняются от участия в производстве по уголовному делу, им может быть заявлен отвод подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, защитником, а также государственным обвинителем, потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком или их представителями. Отвод следователю, дознавателю, прокурору может быть заявлен на досудебных стадиях процесса в любое время вплоть до направления уголовного дела с обвинительным заключением в суд. Если отвод следователю или дознавателю заявлен после поступления дела с обвинительным заключением прокурору и тот его удовлетворяет, дело должно быть возвращено прокурором для дополнительного расследования с того момента, когда возникли основания для отвода с отстранением данного следователя или дознавателя от производства расследования (п. 7 ч. 2 ст. 37, п. 3 ч. 1 ст. 221). Заявление о наличии оснований для отвода следователя и дознавателя, которое имело место в период досудебного производства, может быть сделано сторонами также и в судебных стадиях процесса, однако это влечет не отвод этих лиц, а обсуждение вопроса о недопустимости полученных ими доказательств и их исключении (ч. 2, 4 ст. 88).

УПК РФ оставляет нерешенной проблему: может ли суд, а также (на досудебном производстве) прокурор, следователь или дознаватель при обнаружении оснований для отвода соответственно государственного обвинителя, секретаря судебного заседания, переводчика, эксперта, специалиста, защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика по собственной инициативе поста-

вить и разрешить вопрос об их отводе, если сами они не заявляют самоотвод, а другие участники процесса также не делают заявления об их отводе. Представляется, что данный вопрос может быть поставлен и разрешен по собственной инициативе судом, а в досудебном производстве — прокурором, следователем, дознавателем. Следует принять во внимание, что основания для отвода, названные в статьях гл. 9, являются обстоятельствами, *исключающими* участие соответствующих лиц в уголовном судопроизводстве. В то же время суд как публичный орган правосудия обязан создавать «необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав» (ч. 3 ст. 15), а прокурор — «осуществлять от имени государства... надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия» (ч. 1 ст. 37). Оставление ими без внимания обнаружившихся обстоятельств, исключающих участие в уголовном судопроизводстве, только по той причине, что стороны уклоняются от заявления отвода или самоотвода, должно повлечь в дальнейшем признание полученных доказательств недопустимыми (ч. 1 ст. 75, ч. 2 ст. 88), а также может привести к отмене принятого по делу решения (ч. 1 ст. 381).

§ 2. ОТВОД СУДЬИ

Помимо названных в предыдущем параграфе оснований процессуальный закон (ст. 63 УПК) предусматривает для судей дополнительные основания для отвода (самоотвода):

1) судья, принимавший участие в рассмотрении уголовного дела в суде первой инстанции, не вправе участвовать в пересмотре принятого им решения в суде второй инстанции или в порядке надзора;

2) судья не может участвовать в *новом* рассмотрении данного уголовного дела в суде первой, а также (при обжаловании нового решения) второй инстанции либо в порядке надзора в случаях отмены вышестоящим судом вынесенных с его участием приговора, а также определения, постановления о прекращении уголовного дела;

3) судья, принимавший участие в рассмотрении уголовного дела в суде второй инстанции (апелляционной или кассационной), не может участвовать в рассмотрении этого же уголовного дела в суде первой инстанции (в случае возвращения его из кассационной инстанции для нового рассмотрения) или в порядке надзора, а также в новом рассмотрении того же дела в суде второй инстанции в случае отмены приговора, определения, постановления, вынесенного с его участием;

4) судья, принимавший участие в рассмотрении уголовного дела в порядке надзора, не может участвовать в рассмотрении того же уголовного дела в суде первой или второй инстанции.

Названные положения направлены на обеспечение объективности и беспристрастности судей при рассмотрении уголовных дел, по которым они однажды уже прямо или косвенно высказали свою позицию, затрагивающую вопрос об уголовной ответственности обвиняемого или подозреваемого. Закон при этом исходит из опасения, что такой судья может быть связан ранее высказанной им по делу позицией. Так, судья, принимавший участие в рассмотрении дела по существу в суде первой инстанции, не вправе участвовать в рассмотрении того же самого дела в судах второй, касса-

ционной и надзорной инстанций, так как в противном случае он должен будет оценивать свои собственные решения, выступать судьей «в своем собственном деле». Кроме того, в случае отмены вынесенного с его участием приговора либо решения о прекращении дела судья не имеет права участвовать в рассмотрении того же дела, после его направления вышестоящим судом на новое разбирательство как в суде первой, так и второй и надзорной инстанций. В последних двух случаях имеются в виду ситуации, когда судья, выносивший решение в первой инстанции, за время пересмотра этого решения и последующих судебных определений и постановлений был назначен членом суда кассационной или надзорной инстанции, и именно туда вышестоящий суд направил дело для нового рассмотрения. Однако запрет на участие судьи в пересмотре своего решения в вышестоящем суде или в новом судебном рассмотрении после отмены решения распространяется только на приговор или решение о прекращении дела, но не касается других решений, вынесенных в ходе судебного производства по первой инстанции, как-то: о направлении уголовного дела по подсудности, о приостановлении производства по уголовному делу, о возвращении его прокурору и т.д. Объясняется это тем, что подобные решения являются промежуточными и вспомогательными, не затрагивают вопроса об уголовной ответственности обвиняемого, а потому не могут создавать у судьи предустановленного мнения по делу.

Следует, однако, отметить, что судья все же не лишен права принимать участие в судебном разбирательстве дела в первой инстанции, рассмотрении дела во второй и надзорной инстанциях, даже если в ходе *досудебного производства* он принимал решения, которые могут косвенно способствовать формированию у него субъективного мнения, в той или иной степени касающегося виновности или невиновности обвиняемого. Это решения о заключении обвиняемого под стражу и продлении срока содержания под стражей (ст. 108), а также решения, принимаемые судьей по жалобам по вопросу о законности и обоснованности применения в отношении подозреваемого или обвиняемого заключения под стражу, а также продления срока его содержания под стражей (ст. 125).

Не является препятствием для повторного участия судьи в составе надзорной инстанции то, что ранее он уже рассматривал это дело в порядке надзора. Это объясняется организационными причинами (ограниченное количество судей — членов президиумов судов).

Согласно ч. 2 ст. 417 предыдущее рассмотрение уголовного дела в кассационном порядке или в порядке надзора не препятствует его рассмотрению той же судебной инстанцией в порядке возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств (гл. 49). Следовательно, только рассмотрение судьей уголовного дела в первой инстанции всегда должно исключать его участие в производстве по новым и вновь открывшимся обстоятельствам. Однако обратного запрета ни в ст. 63, ни в ст. 417, ни в какой-либо другой норме УПК не установлено, т.е. судья, принимавший участие в производстве по новым и вновь открывшимся обстоятельствам, может в дальнейшем участвовать в рассмотрении того же дела в любой другой судебной инстанции.

§ 3. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПРЕПЯТСТВУЮЩИЕ УЧАСТИЮ ЛИЦА В РАССМОТРЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В КАЧЕСТВЕ ПРИСЯЖНОГО ЗАСЕДАТЕЛЯ. ОСВОБОЖДЕНИЕ КАНДИДАТОВ В ПРИСЯЖНЫЕ ЗАСЕДАТЕЛИ ОТ УЧАСТИЯ В РАССМОТРЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА. ОТВОДЫ И САМООТВОДЫ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

Обстоятельства, препятствующие участию лица в качестве присяжного заседателя в рассмотрении уголовного дела, определены прежде всего Федеральным законом от 20.08.2004 № 113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации»¹ (в ред. от 31.03.2005 № 26-ФЗ). Этим Законом (ч. 2, 3 ст. 3) предусмотрено не включение в списки кандидатов в присяжные заседатели следующих лиц:

- 1) не достигших к моменту составления списков кандидатов в присяжные заседатели возраста 25 лет (п. 1 ч. 2);
- 2) имеющих непогашенную или неснятую судимость (п. 2 ч. 2);
- 3) признанных судом недееспособными или ограниченными судом в дееспособности (п. 3 ч. 2);
- 4) состоящих на учете в наркологическом или психоневрологическом диспансере в связи с лечением от алкоголизма, наркомании, токсикомании, хронических и затяжных психических расстройств (п. 4 ч. 2);
- 5) подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений (п. 1 ч. 3);
- 6) не владеющих языком, на котором ведется судопроизводство (п. 2 ч. 3);
- 7) имеющих физические или психические недостатки, препятствующие полноценному участию в рассмотрении судом уголовного дела (п. 3 ч. 3).

Лица, названные в первых четырех пунктах данного перечня, не могут быть включены в общие и дополнительные списки кандидатов в присяжные заседатели, а если все же оказались в них, то исключаются высшим исполнительным органом государственной власти субъекта РФ при составлении им списка. Дело в том, что данные об этих лицах содержатся в соответствующих учетах и легко доступны исполнительному органу государственной власти при формировании общих и запасных списков. Три последние категории лиц имеют признаки, которые обычно не могут быть оперативно выявлены высшим органом исполнительной власти субъекта РФ (привлечение лица в качестве обвиняемого или подозреваемого) или требуют непосредственного восприятия и оценки в суде, поэтому не допускаются к участию в рассмотрении судом конкретного уголовного дела именно при составлении в суде *предварительного списка* кандидатов в присяжные.

Однако и при обнаружении секретарем судебного заседания, помощником судьи или судьей лиц, обладающих признаками, вышеназванными в пунктах 1—4, они также не включаются в предварительный список кандидатов и не допускаются к участию в рассмотрении судом конкретного уголовного дела.

В соответствии с п. 1—2 ст. 7 Федерального закона «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» граждане, оказав-

¹ СЗ РФ. 2004. № 34. Ст. 3528.

шиеся в общем или запасном списке кандидатов в присяжные заседатели, исключаются из них высшим исполнительным органом государственной власти субъекта РФ в случаях:

- 1) выявления обстоятельств, указанных в ч. 2 ст. 3 названного Федерального закона;
- 2) подачи гражданином письменного заявления о наличии обстоятельств, препятствующих исполнению им обязанностей присяжного заседателя, если он является:
 - а) лицом, не владеющим языком, на котором ведется судопроизводство,
 - б) лицом, не способным исполнять обязанности присяжного заседателя по состоянию здоровья, подтвержденному медицинскими документами,
 - в) лицом, достигшим возраста 65 лет,
 - г) лицом, замещающим государственные или выборные должности в органах местного самоуправления,
 - д) военнослужащим,
 - е) судьей, прокурором, следователем, дознавателем, адвокатом, нотариусом или имеющим специальное звание сотрудником ОВД, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, службы судебных приставов, таможенных органов, органов и учреждений уголовно-исполнительной системы, а также лицом, осуществляющим частную детективную деятельность на основе специального разрешения (лицензии),
 - ж) священнослужителем.

Все эти лица также не допускаются к исполнению обязанностей присяжных заседателей и в суде и не включаются в предварительный список кандидатов либо исключаются из него.

Кроме того, в случае установления несовпадения данных о личности кандидата в присяжные заседатели, указанных в списке, составленном высшим исполнительным органом государственной власти субъекта РФ, с паспортными данными кандидата в присяжные заседатели, он не может принимать участие в процедуре формирования коллегии присяжных заседателей¹.

Одно и то же лицо может участвовать в судебных заседаниях в качестве присяжного заседателя не более одного раза в течение 10 рабочих дней в календарном году либо все время до окончания рассмотрения дела.

При обнаружении в судебном заседании какого-либо из указанных выше обстоятельств кандидаты в присяжные заседатели освобождаются судьей от участия в рассмотрении дела: а) по их ходатайству о самоотводе; б) по инициативе председательствующего судьи; в) по инициативе сторон при заявлении ими мотивированных отводов.

Присяжным заседателям могут быть заявлены сторонами как мотивированные, так и немотивированные отводы. Мотивированный отвод присяжному заседателю может быть заявлен при наличии указанных выше обстоятельств государственным обвинителем, а также потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком и их представителями, подсудимым и его защитником. По аналогии с положениями

¹ См. п. 10, 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22.11.2005 № 23 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих судопроизводство с участием присяжных заседателей» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 1.

об отводе судьи (ст. 64 УПК) отвод присяжным заседателям должен быть заявлен, как правило, лишь на этапе формирования коллегии присяжных заседателей (ст. 328 УПК). В ходе дальнейшего судебного заседания заявление об отводе допускается лишь в случае, когда основание для него ранее не было известно стороне. Закон не дает прямого ответа на вопрос о том, может ли самим присяжным заседателем быть заявлен самоотвод уже после формирования коллегии присяжных заседателей. Представляется, что если присяжный заседатель в ходе дальнейшего судебного заседания заявляет о наличии обстоятельств, которые согласно закону исключают его участие в рассмотрении уголовного дела, то председательствующий после проверки этих обстоятельств и заслушивания мнения сторон вправе принять решение об освобождении его от участия в судебном разбирательстве.

Немотивированный отвод имеет целью устранение кандидатов в присяжные заседатели, которые, по мнению заявителя отвода, способны проявить тенденциозность, даже при отсутствии конкретных фактов предвзятости или в ином случае могли бы быть указаны участником судебного разбирательства в качестве мотивов для отвода. Причинами для немотивированного отвода могут быть, например, общие соображения, касающиеся психологических особенностей того или иного из присяжных либо целой социальной или этнической группы, к которой он принадлежит и которая проявляет более или менее однородные взгляды по вопросам, касающимся и данного дела. Немотивированный отвод может быть заявлен не всеми участниками, входящими в состав сторон, а только подсудимым, защитником и государственным обвинителем, которые не указывают оснований для такого отвода. Немотивированный отвод присяжному заседателю может быть заявлен каждым из названных участников судопроизводства лишь на этапе формирования коллегии присяжных, причем каждой из сторон — только двум кандидатам в присяжные заседатели.

§ 4. ОТВОД ПРОКУРОРА, СЛЕДОВАТЕЛЯ И ДОЗНАВАТЕЛЯ

Основания для отвода, предусмотренные ст. 61 УПК, действительны и для прокурора. Предыдущее участие лица, являющегося в настоящий момент прокурором, в предварительном расследовании и в судебном разбирательстве не является препятствием для его дальнейшего участия в производстве по тому же уголовному делу (ч. 2 ст. 66). Предшествующее участие прокурора в производстве предварительного расследования — это исполнение обязанностей следователя, дознавателя, иного работника органа дознания, если в тот момент будущий прокурор занимал названные должности. Участие прокурора в предварительном расследовании и в судебном разбирательстве не является препятствием для его дальнейшего участия в производстве по тому же уголовному делу (ч. 2 ст. 66). Предыдущее участие прокурора в производстве предварительного расследования — это не только его участие здесь в качестве собственно прокурора, заместителя прокурора, помощника прокурора, но и исполнение обязанностей следователя, дознавателя, иного работника органа дознания, если в тот момент будущий прокурор занимал названные должности. Участие прокурора в судебном разбирательстве охватывает случаи предыдущего поддержания им государственного обвинения в суде первой и второй инстанций, а также его участие в рассмотре-

нии данного дела в суде надзорной инстанции и при возобновлении производства по делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств.

Если прокурор при наличии соответствующих оснований не заявляет самоотвод, а другие участники процесса не делают заявлений о его отводе, суд или вышестоящий прокурор вправе поставить и разрешить данный вопрос по собственной инициативе.

Основания для отвода, названные в ст. 61, распространяются также на следователя и дознавателя (ст. 67). По общему смыслу закона по этим же основаниям отвод может быть заявлен и иным сотрудникам органа дознания, другим должностным лицам, которым в соответствии со ст. 40 предоставлены полномочия органов дознания при проведении неотложных следственных действий (ст. 157), а также должностным лицам органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, привлеченным следователем к участию в следственном действии (ч. 7 ст. 164). Закон предусматривает еще одно основание для отвода *дознавателя* — проведение им по данному уголовному делу оперативно-розыскных мероприятий (ч. 2 ст. 41). Предыдущее участие следователя, дознавателя в производстве предварительного расследования по данному уголовному делу не является основанием для его отвода. Должностные лица органа прокуратуры, а также по поручению прокурора дознаватель или следователь (если предварительное расследование было проведено ими в форме дознания) могут *поддерживать в суде государственное обвинение* по уголовному делу (п. 6 ст. 5).

Решение об отводе следователя принимает руководитель следственного органа, а дознавателя — прокурор.

Письменное заявление участников судопроизводства об отводе следователя или дознавателя приобщается к материалам уголовного дела, а устное заявление заносится в протокол следственного или иного процессуального действия. В случае удовлетворения заявленного отвода руководитель следственного органа и прокурор отстраняют следователя или дознавателя от дальнейшего производства расследования и передают дело другому следователю или дознавателю (п. 1 ч. 1 ст. 39, п. 14 ч. 2 ст. 37). Если же следователь и дознаватель при обнаружении соответствующих оснований не заявляют самоотвода, а другие участники процесса не делают заявлений об их отводе, то, на наш взгляд, прокурор должен поставить и разрешить данный вопрос по собственной инициативе.

§ 5. ОТВОД ЗАЩИТНИКА И ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ

Защитник, представители потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика не вправе участвовать в производстве по уголовному делу, если они, *во-первых*, ранее участвовали в производстве по тому же уголовному делу в качестве судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика или понятого (п. 1 ч. 1 ст. 72 УПК). Предыдущее выполнение ими названных функций по данному делу может означать преждевременную информированность их о доказательственных материалах и доводах противоположной стороны, что нарушает соблюдение принципа равенства сторон в состязательном уголовном судопроизводстве. Например, будучи ранее свидетелем, экспертом или специалистом по данному делу со стороны защиты, представитель гражданского истца может получить перед этой стороной

неоправданное преимущество, поскольку будет заранее знать часть доказательств, приводимых ею в свою пользу. Защитник подозреваемого или обвиняемого и адвокат — представитель потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика по общему правилу не могут быть допрошены в качестве свидетеля об обстоятельствах уголовного дела, ставших им известными при выполнении своих профессиональных обязанностей по оказанию юридической помощи, независимо от времени и обстоятельств получения ими таких сведений. Поэтому неправомерны попытки допросить указанных лиц в качестве свидетелей (особенно с целью искусственного создания основания для их последующего отвода) об этих обстоятельствах¹. Однако если обстоятельства дела стали известны защитнику и адвокату — представителю не в связи с оказанием юридической помощи или обращением за ней (например, лицо, приглашенное в качестве защитника либо представителя, до этого случайно было очевидцем события преступления, алиби обвиняемого и т.п.), они могут быть допрошены в качестве свидетелей, и тогда подлежат отводу, а с согласия или по инициативе своих доверителей — и заменены другим защитником или представителем. Единственное исключение из общего правила состоит здесь в том, что защитник или адвокат-представитель по их собственной инициативе могут быть допрошены в качестве свидетелей об обстоятельствах производства по данному делу, если этого требуют интересы подозреваемого или обвиняемого (например, о допущенных следователем процессуальных нарушениях). В таком случае защитник в дальнейшем подлежит отводу (см. об этом также § 17 гл. 5 учебника). Вместе с тем если защитник, представитель потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика ранее принимали участие в качестве судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, свидетеля, эксперта, специалиста, переводчика или понятого *по другому* уголовному делу, хотя бы и по обвинению того же самого лица, они отводу не подлежат.

Во-вторых, защитник и представители не вправе участвовать в производстве по уголовному делу, если они являются *близкими родственниками или родственниками* судьи, прокурора, следователя, дознавателя, секретаря судебного заседания, принимающего либо принимавшего ранее участие в производстве по данному уголовному делу, или другого лица, интересы которого противоречат интересам участника уголовного судопроизводства, заключившего с ним соглашение об оказании защиты (п. 2 ч. 1 ст. 72). Следует иметь в виду, что основанием для отвода защитника и представителей служат родственные отношения, но не отношения *свойства* (братья, сестры, родители и дети другого супруга) либо их иные *близкие отношения* (тесные семейные узы, личная дружба) с судьей, прокурором, следователем, дознавателем, секретарем судебного заседания.

В-третьих, обстоятельством, исключающим участие в производстве по уголовному делу защитника, представителя потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика, является оказание ими по данному делу или ранее *юридической помощи* лицу, интересы которого противоречат интересам защищаемого им подозреваемого, обвиняемого либо представляемого им потерпевшего, гражданского истца,

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 06.07.2000 № 128-О // Российская газета. 03.08.2000 г.

гражданского ответчика. Противоречие интересов обвиняемых и подозреваемых, служащее основанием для отвода или самоотвода защитника, может выражаться: в действиях обвиняемых или подозреваемых, когда, например, один из них дает показания против другого; в объективном противоречии их интересов, например, если оба подозреваемых, обвиняемых полностью отрицают свою причастность к совершению преступления, которое по обстоятельствам дела не мог совершить кто-либо другой. Аналогичным образом противоречие интересов представляемых лиц служит основанием для отвода и самоотвода представителей потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика.

Решение об отводе, заявленном защитнику или представителю потерпевшего, гражданского истца или гражданского ответчика, принимается в порядке, аналогичном тому, который установлен для отвода переводчика (см. об этом § 6 настоящей главы).

Адвокат вправе отказаться от принятой на себя защиты обвиняемого или подозреваемого (ч. 7 ст. 49) лишь в форме *самоотвода* при наличии обстоятельств, исключающих его участие в производстве по уголовному делу.

§ 6. ОТВОД ИНЫХ УЧАСТНИКОВ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

К числу иных участников уголовного судопроизводства, которые могут быть подвергнуты отводу или заявить самоотвод, относятся секретарь судебного заседания, переводчик, эксперт и специалист.

Решение об *отводе секретаря судебного заседания* принимает суд, рассматривающий уголовное дело, или судья, председательствующий в суде с участием присяжных заседателей (ст. 68 УПК). Секретарь судебного заседания принимает участие не только в ходе судебного разбирательства, но и в судебных заседаниях на так называемом досудебном производстве — при решении судьей вопроса о применении заключения под стражу и домашнего ареста, продлении сроков содержания под стражей, переводе лица в психиатрический стационар (ст. 107, 108, ч. 1 ст. 435), при рассмотрении жалоб участников процесса (ст. 125) и вопроса о получении разрешений на производство следственных действий и наложении ареста на имущество, помещении подозреваемого или обвиняемого, не содержащихся под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы (ст. 115, 165, ч. 2 ст. 203). От того, насколько добросовестно, полно и объективно отражаются в таких протоколах процессуальные действия и решения, зависит законность и обоснованность выносимых приговоров, определений и постановлений суда (судьи). Поэтому на секретарей распространяются общие требования незаинтересованности в рассматриваемом деле (производстве). Право участников судебного заседания на отвод секретаря должно быть разъяснено им председательствующим. Отводимому секретарю следует предоставить возможность дать объяснения по поводу оснований заявленного ему отвода, после чего суду необходимо выслушать мнение сторон. Разрешение вопроса об отводе секретаря судебного заседания разрешается всем составом суда в совещательной комнате. Определение (постановление) суда должно быть мотивированным.

Решение об *отводе переводчика* в ходе судебного производства принимает суд, рассматривающий данное уголовное дело, или судья, председательствующий в суде с участием присяжных заседателей (ст. 69). На досудебных стадиях процесса решение об отводе переводчика обычно принимает дознаватель, следователь или прокурор — по заявлению участников судопроизводства или по собственной инициативе. В ходе судебного производства указанное решение принимает суд, рассматривающий данное уголовное дело, или судья, председательствующий в суде с участием присяжных заседателей.

Основания для отвода переводчика в основном совпадают с основаниями для отвода, указанными в ст. 61 (см. о них § 1 настоящей главы). Однако отвод переводчику может быть заявлен не только сторонами (обвинителем, потерпевшим, обвиняемым, защитником, гражданским истцом, гражданским ответчиком и их представителями). Свидетель, эксперт и специалист также могут заявить отвод, но лишь в случае обнаружения *некомпетентности* переводчика. Имеются в виду ситуации, когда указанные лица сами не владеют в достаточной степени языком, на котором ведется судопроизводство, и переводчик вызван для оказания им помощи в переводе показаний, заключения эксперта, разъяснений специалиста, однако обнаруживается неспособность переводчика осуществлять правильный и достаточно полный перевод.

Эксперт не вправе участвовать в производстве по уголовному делу: а) при наличии обстоятельств, предусмотренных ст. 61 УПК; б) если он находился или находится в служебной или иной зависимости от сторон или их представителей; в) если обнаружится его некомпетентность (ст. 70). Предыдущее его участие в производстве по уголовному делу в качестве эксперта или специалиста не является основанием для отвода. Решение об отводе эксперта принимается в том же порядке, что и решение об отводе переводчика.

Основания и порядок отвода специалиста аналогичны основаниям и порядку отвода эксперта (ст. 71).

Раздел III

ДОКАЗАТЕЛЬСТВА И ДОКАЗЫВАНИЕ

§ 1. ПОНЯТИЕ ПРОЦЕССА ДОКАЗЫВАНИЯ

Разрешение всякого уголовного дела сводится к выполнению двух задач: а) установление наличия или отсутствия определенного события, б) подведение этого события под соответствующую правовую норму, т.е. применение к нему закона. Первая задача дает в правовой теории начало учению о доказывании и доказательствах, вторая — о квалификации преступлений. Но в то время как квалификация преступлений есть вопрос всецело юридический, вопрос о доказывании и доказательствах имеет более общее значение и ставится в самых разных областях человеческой деятельности, связанных с исследованием и познанием. В этом широком смысле само понятие доказательства может рассматриваться в двух значениях. Оно, во-первых, означает средства познания, необходимые для того, чтобы при их помощи сделать заключение (вывод) о неизвестном. Это доказательственный материал (*factum probans* — лат.), служащий для установления искомого обстоятельства (*factum probandum*). Во-вторых, широкое понятие доказательства имеет значение самого *мыслительного процесса*, посредством которого искомое обстоятельство ставится в связь с обстоятельствами уже известными. В таком значении понятие доказательства используется в логике, с точки зрения которой доказательство — это мыслительная деятельность (умозаключение) по обоснованию истинности одного суждения (тезиса) путем приведения других истинных суждений (аргументов). Иначе — в теории судопроизводства. Здесь доказательство понимается как средство познания, приближающееся по своему содержанию и значению (хотя и не совпадающее с ним полностью) к аргументу в доказательстве логическом. То же, что в логике называют доказательством, в теории судопроизводства более соответствует понятию доказывания. Таким образом, процессуальное доказывание есть форма обоснования (установления) в судопроизводстве неизвестных обстоятельств. Процессуальные доказательства являются здесь средством такого обоснования. Вместе с тем в процессе доказывания используется и логическое доказательство как способ мыслительной связи фактов и получения логических выводов по делу.

Доказывание в судопроизводстве имеет ряд существенных особенностей, отличающих его от иных форм человеческого познания.

1. Доказывание применяется по уголовным делам, т.е. конкретным жизненным случаям, в отношении которых осуществляются правоприменительные действия в связи с разрешением вопроса об уголовной ответственности. Поэтому оно применяется для установления не любых, но, как правило, только таких обстоятельств, на основе которых можно принять решение по делу (*предмет доказывания*), дав ответ на вопрос об уголовной ответственности конкретного лица. Доказывание следует отличать от некоторых иных способов познания, которые обычно используются в ходе производства по делу для выяснения обстоятельств, позволяющих принимать решения и совершать действия, имеющие подготовительный и вспомогательный характер. Так, данные, указывающие на признаки преступления, достаточные для возбуждения уголовного дела, могут быть добыты из любых *иных источников*, нежели заявление

о преступлении или явка с повинной, т.е. не исключается их получение, например, и из негласных оперативно-розыскных источников с изложением в форме рапорта сотрудника органа дознания, а не посредством собирания доказательств (ст. 140, 143 УПК). Это, впрочем, не исключает при обосновании подобных решений и использования уголовно-процессуальных доказательств как универсального средства установления любых обстоятельств, имеющих значения для дела.

2. Предмет доказывания составляют лишь конкретные фактические обстоятельства прошлого и настоящего. Доказывание не включает оценку уже установленных обстоятельств с точки зрения юридической квалификации, а ограничивается только их фактической сущностью. Оно не направлено на обоснование юридических признаков событий, как это имеет место, например, при квалификации преступления. Вместе с тем доказывание предполагает в первую очередь оценку устанавливаемых обстоятельств с точки зрения их достоверности, т.е. соответствия действительности. К понятию фактических обстоятельств относятся не только сами факты, понимаемые как некие материальные фрагменты реальности (факт нанесения побоев, факт смерти, факт психического расстройства и т.д.), но также их связи, отношения, закономерности. Так, например, может доказываться возможность наступления общественно опасных последствий деяния; способность обвиняемого осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий или руководить ими вследствие факта наличия у него психического расстройства и др.

3. Фактические обстоятельства уголовного дела требуют исследования с помощью *практических действий*, направленных на получение доказательственной информации. Процессуальное доказывание не ограничивается одной лишь мыслительной деятельностью, умозаключениями, а включает в себя деятельность по собиранию и проверке доказательств. Таким образом, оно имеет не только *познавательную (гносеологическую)*, но и *практическую (праксиологическую)* сторону.

4. Будучи не только мыслительной, но и практической деятельностью, доказывание подвергается детальной законодательной регламентации, которая составляет его *юридическую сторону*, или процессуальную форму. Соблюдение процессуальной формы доказывания обеспечивает:

- наиболее целесообразный порядок познания истины по делу, поскольку в процессуальных правилах доказывания сконцентрирован многовековой опыт судопроизводства, нашли отражение оптимальные способы познания обстоятельств уголовных дел;

- защиту прав и законных интересов участников судопроизводства;

- *удостоверение (фиксацию)* результатов доказательственной деятельности, которая создает условия для проверки собранных доказательств и на этой основе достоверного познания обстоятельств дела не только субъектом доказывания, непосредственно собирающим доказательства, но и вышестоящими процессуальными инстанциями (прокурором, судом) и другими участниками уголовного судопроизводства. Удостоверительная деятельность субъекта доказывания включает: составление протоколов следственных действий, привлечение понятых, использование технических средств фиксации доказательственной информации (аудио-, видеозапись и т.д.).

5. Поскольку всякое уголовное дело обязательно завершается тем или иным официальным решением, принятие которого к тому же нередко должно укладываться в установленные законом сроки, доказывание также имеет срочный характер. При этом оно *всегда* должно приводить к обоснованию определенного вывода относительно

обстоятельств, которые должны служить фактическим основанием для вынесения решения по делу. Однако познание обстоятельств уголовного дела в полном соответствии с действительностью, т.е. установление материальной, или объективной истины, возможно не во всех случаях. Позитивное познание обстоятельств преступления порой сталкивается с неодолимыми трудностями, такими, как утрата его следов, сокрытие подозреваемого, либо с препятствиями юридического порядка (например, наличие ранее состоявшегося и вступившего в законную силу приговора по тому же обвинению, которым обстоятельства дела установлены иначе, чем в данном случае). Тогда доказывание прибегает к обоснованию вывода о соответствующих обстоятельствах не только посредством получения доказательств, но и с помощью *юридических фикций* — презумпций и преюдиций, благодаря которым фактически не познанные или оставляющие сомнения обстоятельства *условно* принимаются за истину. Поэтому *цель доказывания* может состоять не только в фактическом установлении (познании) истины по делу, т.е. обосновании с помощью доказательств достоверного знания относительно искомых обстоятельств, но и в *юридическом установлении* этих обстоятельств, когда: а) неустранимые сомнения относительно этих обстоятельств толкуются в пользу обвиняемого (бремя доказывания при презюмировании невиновности); б) они уже установлены доказательствами, на которых основан вступивший в законную силу приговор (при использовании преюдиции). Конечно, фактическое установление обстоятельств уголовного дела в соответствии с действительностью (достижение истины) является наиболее желательным результатом и *главной целью* доказывания. Установление же обстоятельств дела на основе презумпций и преюдиций становится целью доказывания лишь в том случае, если главная цель доказывания (объективная истина по делу) не может быть достигнута. Таким образом, процессуальное доказывание нельзя полностью отождествлять лишь с познавательной деятельностью — его сущность состоит в обосновании выводов об обстоятельствах дела как познавательными (гносеологическими), так и юридическими способами. Истина как цель доказывания включает в себя не только объективную, или материальную истину, но и истину юридическую, или формальную¹.

Итак, *доказывание* — это урегулированная законом деятельность по установлению и обоснованию обстоятельств уголовного дела, на основе которых может быть разрешен вопрос об уголовной ответственности.

§ 2. ПРЕДМЕТ И ПРЕДЕЛЫ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

1. Предмет доказывания

Предмет доказывания — это обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу. Согласно ст. 73 УПК в ходе производства по уголовному делу подлежат доказыванию: 1) событие преступления; 2) виновность лица в совершении

¹ В нашей уголовно-процессуальной литературе долгое время господствовала и поныне имеет сторонников другая точка зрения, согласно которой доказывание — всецело познавательная деятельность, а его цель есть исключительно материальная, или объективная истина (см.: *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса : в 2 т. М. : Наука, 1968. Т. I. С. 296; Теория доказательств в советском уголовном процессе. М. : Юрид. лит., 1973. С. 119; *Орлов Ю.К.* Основы теории доказательств в уголовном процессе. М. : Проспект, 2000. С. 8, и др.).

преступления, форма вины и мотивы; 3) обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого; 4) характер и размер вреда, причиненного преступлением; 5) обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния; 6) обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание; 7) обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания; 8) обстоятельства, подтверждающие, что имущество, в отношении которого решается вопрос о конфискации (ст. 104.1 УК РФ):

— получено в результате совершения преступления,

— является доходами от этого имущества,

— использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации).

Доказываться может не только наличие, но и отсутствие обстоятельств предмета доказывания.

Названные обстоятельства принято называть *главным фактом*, поскольку от доказанности или недоказанности этих обстоятельств напрямую зависит решение вопроса об уголовной ответственности — главного вопроса уголовного дела. Однако кроме главного факта в ходе производства по уголовному делу обычно устанавливаются и другие обстоятельства — так называемые *доказательственные, или промежуточные, факты*, которые в своей совокупности позволяют сделать логические выводы о наличии или отсутствии обстоятельств главного факта. Круг доказательственных фактов может быть весьма широк, а сами они разнообразны, в связи с чем дать в законе их исчерпывающий перечень обычно практически невозможно. Ими могут быть, например: алиби обвиняемого; идентичность объектов, представленных на экспертизу, и образцов для сравнительного исследования; добросовестность свидетеля; добровольность дачи показаний и т.д.

Помимо этого, ряд процессуальных действий и решений имеют свой специфический (локальный) предмет доказывания. В частности, подлежат доказыванию: основания для задержания подозреваемого (ч. 1 ст. 91), для избрания мер пресечения (ч. 1 ст. 97); неисполнение участниками уголовного судопроизводства их процессуальных обязанностей как основание для наложения на них денежного взыскания (ст. 117); основания для обыска (ст. 182), выемки (ст. 183), наложения ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотра и выемки (ст. 185), контроля и записи переговоров (ст. 186), очной ставки (ст. 192); основания для приостановления и возобновления предварительного следствия (ст. 208, 211); основания для проведения закрытого судебного разбирательства (ч. 2 ст. 241); наличие согласия обвиняемого с предъявленным ему обвинением и постановлением приговора без проведения судебного разбирательства (ст. 314); основания для решения вопросов, подлежащих рассмотрению судом при исполнении приговора (ст. 397, 398); факт нарушения уголовно-процессуального закона (ст. 381), факт установления Европейским Судом по правам человека нарушений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом Российской Федерации уголовного дела как основание для возобновления производства по делу ввиду новых обстоятельств (п. 2 ч. 4 ст. 413) и др.

Рассмотрим обстоятельства, образующие главный факт, более подробно.

1. Понятие *события преступления* (п. 1 ч. 1 ст. 73) в широком смысле охватывает совокупность всех фактических деталей совершенного преступления. Однако в на-

званной норме термин «событие» понимается в более узком значении. В него не включается виновность лица (п. 2), характер и размер вреда, причиненного преступлением (п. 4), и т.д. Словосочетание «событие преступления» используется здесь для обозначения обстоятельств, относящихся к объекту и объективной стороне преступления. Ответ на вопрос об объекте преступления требует установления, кому причинен вред данным деянием и на что было направлено преступное посягательство. Объективная сторона преступления может быть установлена также посредством доказывания обстоятельств, относящихся: а) к самому деянию; б) его последствиям; в) причинной связи между ними. При этом выясняется конкретное содержание события, определяемое его характеристикой в соответствующих нормах уголовного закона, наличием и количеством соучастников, временем и местом совершения деяния. Время и место совершения преступления могут иметь непосредственно квалифицирующее значение (например, незаконная охота в запрещенное время года, нарушение уставных правил караульной, вахтенной службы и т.п.), а в ряде случаев играют роль смягчающие или отягчающие наказание обстоятельства, но чаще всего служат для необходимой конкретизации обвинения. Степень конкретизации времени и места события преступления зависит от характера уголовного дела. В одних случаях достаточно установить дни или день, в других необходимо точно доказать час и минуту совершения деяния. Без временной и пространственной локализации преступления обвинение нельзя считать доказанным. Так, не могут быть признанными законными такие формулировки обвинения, которые начинаются словами: «в неустановленное время», «в неустановленном месте...» и т.п.

2. Понятие *виновности* лица в совершении преступления (п. 2 ч. 1 ст. 73) охватывает две группы обстоятельств: а) причастность лица к совершению преступного деяния, т.е. самоличность совершения его данным лицом; б) наличие *вины* — психического отношения лица к своему противоправному поведению и его последствиям, имеющему форму умысла или неосторожности. Кроме вины, по каждому уголовному делу подлежит установлению *мотив* совершения преступления, т.е. непосредственная внутренняя побудительная причина преступного деяния (корысть, месть, наркотическая зависимость, сексуальные побуждения и т.д.). Мотив должен быть установлен независимо от того, охватывается он соответствующим составом преступления или нет, поскольку без этого невозможно в полной мере определить степень общественной опасности преступления и личности виновного.

3. *Обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого* (п. 3 ч. 1 ст. 73), необходимо доказывать для индивидуализации уголовной ответственности. Они также имеют значение для установления обстоятельств, указанных в п. 5—7 этой статьи. Круг обстоятельств, характеризующих личность, включают в себя следующие их группы:

— *социально-демографические признаки* (фамилия, имя, отчество, пол, место жительства, возраст, семейное положение, профессия, образование и т.д.);

— *социально-правовой статус личности* (гражданство, место работы, должность, звания, государственные награды, наличие служебного иммунитета и т.п.);

— обстоятельства, характеризующие лицо как *члена социальной общности* (наличие иждивенцев, поведение в быту, на работе, отношение к моральным нормам и т.п.);

— *физические и психофизиологические признаки личности*: наличие заболеваний, психических расстройств или иных болезненных состояний психики, алкоголь-

ная или наркотическая зависимость и др. Данная группа обстоятельств позволяет, в частности, решать вопрос о вменяемости или невменяемости лица, совершившего деяние, запрещенное уголовным законом.

4. *Характер и размер вреда, причиненного преступлением* (п. 4 ч. 1 ст. 73). Физическому лицу может быть причинен имущественный, моральный и физический вред, юридическому — лишь имущественный либо вред его деловой репутации. Физический вред заключается в расстройстве здоровья, причинении телесных повреждений, физических страданий. Имущественный вред состоит в причинении потерпевшему или гражданскому истцу убытков, названных в ст. 15 ГК РФ. Под моральным вредом понимаются нравственные страдания, причиненные деяниями, посягающими на личные неимущественные права или другие нематериальные блага, принадлежащие гражданину, а в случаях, специально предусмотренных законом, — нарушающими и имущественные права гражданина. Юридическое лицо не может испытывать ни нравственных, ни физических страданий, поскольку оно является организацией (ст. 48 ГК РФ). Деловая репутация юридического лица, которая может пострадать от действий обвиняемого или подозреваемого, подлежит защите на основании ч. 7 ст. 152 ГК РФ. Вред деловой репутации может быть причинен не только такими преступлениями, как клевета и оскорбление, но и рядом других (нарушение авторских и смежных прав, нарушение изобретательских или патентных прав, заведомо ложная реклама, незаконное использование товарного знака, злоупотребление полномочиями лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, и др.).

5. *Обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния* (п. 5 ч. 1 ст. 73), — это необходимая оборона, причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, крайняя необходимость, физическое или психическое принуждение, обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения (гл. 8 УК РФ).

6. *Обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание*, предусмотрены соответственно ст. 61 и 63 УК РФ. Перечень обстоятельств, смягчающих наказание, не является исчерпывающим, поэтому они могут определяться сторонами и судом.

7. *Обстоятельствами, которые могут повлечь освобождение от уголовной ответственности*, служат фактические основания решений по УК РФ об освобождении от уголовной ответственности:

- в связи с деятельным раскаянием (ст. 75);
- в связи с примирением с потерпевшим (ст. 76);
- в связи с изменением обстановки (ст. 77);
- в связи с истечением сроков давности (ст. 78);
- вследствие акта амнистии (ст. 84);
- несовершеннолетнего подсудимого с применением принудительных мер воспитательного воздействия (ч. 2 ст. 90).

8. *Обстоятельствами, которые могут повлечь освобождение от наказания*, являются фактические основания решений:

- об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания (ст. 79 УК РФ);
- о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания (ст. 80 УК РФ);
- о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания либо об освобождении от наказания в виде ограничения по военной службе военнослужащего,

уволенного с военной службы, в порядке, установленном ст. 148 Уголовно-исполнительного кодекса РФ;

— об освобождении от наказания в связи с болезнью (ст. 81 УК РФ);

— об отсрочке отбывания наказания беременным женщинам и женщинам, имеющим малолетних детей (ст. 82 УК РФ);

— об освобождении от отбывания наказания в связи с истечением срока давности обвинительного приговора (ст. 83 УК РФ);

— об освобождении от наказания вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу (ст. 10 УК РФ, п. 13 ст. 397 УПК);

— об освобождении от наказания вследствие акта амнистии (ст. 84 УК РФ);

— об освобождении от отбывания наказания вследствие акта помилования (ст. 85 УК РФ);

— об освобождении от наказания несовершеннолетних с применением принудительных мер воспитательного воздействия, предусмотренных ст. 90, 92 УК РФ.

9. *Обстоятельства, способствовавшие совершению преступления*, включают в себя:

— условия жизни и воспитания обвиняемого, способствовавшие формированию у него асоциальной психологической установки. Обычно они устанавливаются по уголовным делам в отношении несовершеннолетних (п. 2 ч. 1 ст. 421 УПК) и пересекаются с обстоятельствами, характеризующими личность;

— непосредственный повод к совершению умышленного преступления (ссора, нехватка денег, просьба других лиц и т.д.). Часто повод совпадает с мотивом преступления (корысть, сексуальные побуждения и др.);

— обстоятельства, облегчившие достижение преступного результата (отсутствие или плохая организация охраны имущества на предприятии, контроля за несовершеннолетним обвиняемым со стороны родителей или детских учреждений, беспомощное состояние потерпевшего и др.).

Закон говорит о выявлении таких обстоятельств, однако это не означает, что они устанавливаются вне рамок доказывания. Обстоятельства, способствовавшие совершению преступления, влияют на вид и меру уголовной ответственности обвиняемого, потому должны устанавливаться с помощью доказательств.

2. Пределы доказывания

Предмет доказывания указывает лишь на то, *что* необходимо установить при производстве по уголовному делу в целом. Однако в ходе судопроизводства принимаются различные процессуальные решения — одни из них требуют безусловно достоверного установления всех обстоятельств, входящих в предмет доказывания (например, обвинительный приговор), для других порой достаточно и предположительного (вероятностного) уровня знания о тех или иных обстоятельствах (решения о возбуждении уголовного дела, о применении мер пресечения и т.п.). Эти различия отражаются в понятии *пределов доказывания*. Под ними следует понимать границы доказательственной деятельности, обеспечивающие *меру знаний* субъекта доказывания об обстоятельствах дела, которая достаточна для принятия процессуального решения данного вида. Эти границы: а) очерчивают круг (объем) обстоятельств, достаточных для принятия соответствующего ре-

шения; б) определяют степень точности знания об этих обстоятельствах — достоверность или вероятность. При этом различают *максимальные* и *минимальные* пределы доказывания. Максимальные пределы доказывания обычно предполагают полную доказанность всех обстоятельств главного факта. Например, на момент возбуждения уголовного дела достоверно установлены с помощью доказательств событие преступления, лицо, его совершившее, и т.д. В таких случаях принято говорить о возбуждении уголовного дела в условиях *очевидности* преступления. Минимальные пределы доказывания определяют тот наименьший объем обстоятельств дела и ту минимальную степень точности знаний о них, при которых принятие соответствующего процессуального решения можно считать обоснованным. Так, для возбуждения уголовного дела иногда могут оказаться достаточными доказательства, дающие основание лишь предполагать наличие события, содержащего признаки объективной стороны преступления (например, при безвестном и длительном исчезновении человека после поступления в его адрес угроз физической расправой).

Таким образом, с помощью понятия пределов доказывания определяются требования к обоснованности процессуальных решений различных видов.

§ 3. ПОНЯТИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ. ОТНОСИМОСТЬ И ДОПУСТИМОСТЬ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Согласно ч. 1 ст. 74 УПК доказательствами по уголовному делу признаются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном УПК РФ, устанавливают наличие или отсутствие доказательств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

Таким образом, содержанием доказательств являются любые сведения, с помощью которых могут быть установлены обстоятельства, подлежащие доказыванию при производстве по уголовному делу (ст. 73), а также все иные обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела. Для характеристики доказательств закон не случайно использует слово «сведения», а не выражение «фактические данные», употреблявшееся для определения доказательств в УПК РСФСР 1960 г. (ст. 69). Этим подчеркивается, что доказательства изначально не рассматриваются как *факты*, т.е. безусловно достоверные сведения; они еще подлежат проверке и исследованию судом и сторонами и могут быть оценены ими иначе. Другими словами, *достоверность* указанных сведений не является необходимым признаком доказательства — содержащаяся в доказательстве информация может указывать на искомые по делу обстоятельства также и с *вероятностью*. Как правило, вывод о достоверности этих сведений может быть сделан лишь при окончательной (итоговой) оценке определенной совокупности доказательств. Поэтому применительно к каждому отдельному доказательству, рассматриваемому изолированно от других, следует говорить не о том, что оно *устанавливает* искомые по делу обстоятельства (это было бы слишком категоричным утверждением), а о том, что оно *направлено на их установление* и только в совокупности с другими доказательствами может их устанавливать.

Согласно приведенному выше законодательному определению доказательств обстоятельства, подлежащие доказыванию, посредством совокупности доказательств

устанавливает не только суд, но также прокурор, следователь и дознаватель. Иначе говоря, сведения, полученные в ходе предварительного расследования и в судебном разбирательстве, одинаково признаются доказательствами. Однако не следует полагать, что все доказательства, полученные следователем, дознавателем, т.е. стороной обвинения, имеют равный процессуальный статус с доказательствами, полученными непосредственно в суде. Так, согласно ст. 276 и 281 УПК РФ оглашение показаний подсудимого либо потерпевшего и свидетеля, данных, в частности, при производстве предварительного расследования, может иметь место лишь в строго определенных случаях. Это означает, что протоколы допросов, полученные ранее, не могут оглашаться и использоваться в судебном разбирательстве наравне с показаниями подсудимых, потерпевших и свидетелей, данных *непосредственно* в судебном разбирательстве. Таким образом, существуют, по крайней мере, два вида доказательств, обладающих неодинаковым юридическим значением, а именно доказательства, собранные на досудебных стадиях процесса, и собственно судебные доказательства.

Способность доказательств устанавливать наличие или отсутствие искомых по делу обстоятельств получила в теории судопроизводства название *относимости доказательств*. Относимость — необходимое качество любого доказательства. Если сведения не имеют никакого значения для данного уголовного дела, они не должны признаваться доказательствами. Вместе с тем указанная способность доказательств не всегда несомненна, но может носить и предположительный, вероятностный характер. Так, например, при проведении осмотра места происшествия следователь детально отражает в протоколе этого следственного действия все обнаруженное при осмотре, хотя многие из описанных в протоколе обстоятельств в дальнейшем могут оказаться не имеющими значения для дела. Однако на момент проведения осмотра имеется вероятность того, что любое из обнаруженных следователем обстоятельств может иметь для дела то или иное значение, поэтому они признаются относимыми. Если в ходе дальнейшего производства выяснится, что, на взгляд следователя, собранные сведения отношения к делу не имеют, они тем не менее продолжают оставаться в материалах этого дела, поскольку оценка доказательств осуществляется и другими участниками судопроизводства, которые могут иметь на этот счет иное мнение. Кроме того, не исключено, что в свете вновь собранных по делу доказательств эти сведения могут оказаться все же значимыми для дела.

Согласно указанному определению доказательства должны быть получены лишь в порядке, определенном УПК. Соответствие доказательства требованиям норм уголовно-процессуального права называют *допустимостью* доказательства. Вместе со свойством относимости она создает достаточные условия для признания сведений доказательством по делу. Отступление от установленной правовой формы может привести к недопустимости доказательства, лишению его юридической силы и невозможности использования в процессе доказывания. По буквальному смыслу ч. 1 ст. 75 недопустимость доказательства связывается с нарушением лишь требований самого Кодекса, однако согласно ч. 2 ст. 50 Конституции РФ «при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона». Конституция, таким образом, признает недопустимыми доказательства, собранные субъектами доказывания с нарушением любого *федерального закона*, а не только УПК. Конституционная норма в случае коллизии имеет преимущество перед отраслевой, поэтому ч. 1 ст. 75 УПК следует, на наш взгляд, толковать расшири-

тельно — в соответствии с текстом Конституции РФ. В противном случае доказательства, полученные органом дознания, например, в результате незаконных оперативно-розыскных мероприятий и приобщенные к делу с внешним соблюдением уголовно-процессуальной формы, могли бы считаться допустимыми. Например, оперативными сотрудниками органа дознания была проведена проверочная закупка наркотического вещества с последующим проникновением в жилище против воли проживающих в нем лиц без получения на то предварительного разрешения суда, несмотря на то что этого требует ч. 2 ст. 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». Если изъятые или выданные в ходе такой закупки наркотическое вещество и денежные купюры были осмотрены с соблюдением процессуальных правил, то по прямому смыслу ч. 1 ст. 75 УПК они должны были бы признаваться допустимыми доказательствами, ибо требования Кодекса формально нарушены не были. Однако это противоречит Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» и Конституции РФ, поэтому собранные таким способом доказательства на самом деле недопустимы. Иное может привести к подмене процессуальных действий оперативно-розыскными в целях незаконного добывания будущих доказательств, когда процессуальная форма используется в качестве «ширмы» для нарушения конституционных прав личности.

Закон устанавливает перечень случаев, когда доказательство должно быть признано недопустимым. Так, к недопустимым доказательствам отнесены показания подозреваемого или обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника и не подтвержденные им в суде (п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК). Это положение служит важной гарантией против самооговора и признания вины обвиняемым и подозреваемым под воздействием физического или психического насилия. Обращает на себя внимание то, что условие отсутствия защитника включает в себя и отказ от защитника самим обвиняемым или подозреваемым. Таким образом ставится преграда попыткам недобросовестных следователей и работников органов дознания склонить обвиняемого и подозреваемого к формально добровольному отказу от защитника, за которым обычно стоит вынужденный отказ от защитника либо незаконная попытка «обменять» признательные показания на облегчение положения обвиняемого, подозреваемого (обещание не применять в качестве меры пресечения заключение под стражу, содействовать прекращению уголовного преследования и т.п.).

В пункте 2 ч. 2 ст. 75 содержится также запрет на использование так называемых показаний по слуху, т.е. показаний потерпевшего, свидетеля, основанных на догадке, предположении, слухе, а также показаний свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности. Основанием данной нормы является, во-первых, то соображение, что доказательства могут служить лишь сведения о *конкретных обстоятельствах* дела, но не предположения и догадки, и, во-вторых, то, что сведения, основанные на слухах или полученные из неизвестных источников, весьма ненадежны, а их проверка часто бывает крайне затруднительна. В то же время, в отличие от показаний свидетеля, законодатель не счел необходимым объявить недопустимыми показания *потерпевшего*, если тот не может указать источник своей осведомленности. Видимо, предполагается, что потерпевший, как правило, сам является первоисточником данных о совершенном преступлении и редко может давать показания по слуху. Однако полная неспособность допрашиваемого лица сообщить даже минимальные сведения об источнике своей осведомленности, по сути, означает дачу им

показаний по предположению или по слуху, которые считаются недопустимыми и для потерпевшего. Следует полагать, то свидетель или потерпевший все же *смогли* указать источник своей осведомленности, когда они назвали хотя бы некоторые идентифицирующие признаки источника информации, хотя бы и без знания имени, адреса (если это человек), точного названия, местонахождения или иной локализации (если это документ, телепередача) и т.д.

Недопустимыми объявлены в законе (п. 3 ч. 2 ст. 75) и все иные доказательства, полученные с нарушением требований УПК.

В целом требования допустимости доказательств, установленные уголовно-процессуальным законом или вытекающие из его содержания, следующие.

1. *Правило о надлежащем источнике доказательств*

Источники доказательств — это лица, от которых исходят доказательственные сведения: обвиняемый, подозреваемый, потерпевший, свидетель, эксперт, специалист, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители; государственные органы, физические и юридические лица, от которых исходят документы; лица, участвовавшие в составлении протокола следственного действия (следователь, дознаватель, понятые и т.д.); лица, представившие вещественные доказательства. В процессуальной литературе была высказана и другая точка зрения, состоящая в том, что источниками доказательств являются не лица, а процессуальная форма, в которой зафиксирована доказательственная информация: показания, заключения экспертов, протоколы следственных действий, иные документы, предметы, обладающие признаками вещественных доказательств¹. Однако такая позиция не соответствует закону. Как сказано в п. 2 ч. 2 ст. 75, к недопустимым доказательствам относятся показания свидетеля, который не может указать *источник* своей осведомленности. В данной норме под источниками осведомленности подразумеваются в первую очередь лица, от которых свидетель получил относящиеся к делу сведения.

Определение лиц как источников доказательств позволяет предъявлять к ним соответствующие процессуальные требования допустимости, отличные от тех, которые установлены для процессуальной формы исходящей от этих лиц информации (показаний, протоколов, заключений, документов и т.д.). Первым из них является требование известности и проверяемости *первоисточника* сведений. Под первоисточником следует понимать лицо, которое непосредственно воспринимало искомые события и обстоятельства. Если такое лицо неизвестно, то проверка достоверности полученных от него сведений, как правило, невозможна либо представляет большую сложность. Именно поэтому закон, как было отмечено выше, требует отвергать показания свидетеля, не могущего указать источник своей осведомленности. Не могут служить доказательствами оперативно-розыскные данные (даже если они изложены в рапорте, подписанном сотрудником оперативно-розыскного органа), первоисточником которых является неназванное лицо, оказывающее содействие правоохранительным органам на конфиденциальной (негласной) основе.

Требования к источникам доказательств не ограничиваются необходимостью знания первоисточника. Кроме этого, закон устанавливает определенные условия для ряда

¹ См.: Шейфер С.А. Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе. М.: ВЮЗИ, 1972. С. 34—35; Уголовный процесс : учебник / под ред. проф. И.Л. Петрухина. М.: Проспект, 2001. С. 154.

источников доказательств, которым они должны соответствовать. Это условия *правосубъектности* (т.е. способности лица иметь в уголовном процессе права и обязанности и осуществлять их своими действиями), в том числе как источника доказательств. Так, свидетелями не могут быть судья, присяжный заседатель — об обстоятельствах уголовного дела, которые стали им известны в связи с участием в производстве по данному уголовному делу; адвокат, защитник подозреваемого и обвиняемого по данному делу — об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с обращением к ним за юридической помощью и в связи с ее оказанием; адвокат — об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи; священнослужитель — об обстоятельствах, ставших ему известными из исповеди; член Совета Федерации, депутат Государственной Думы без их согласия — об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с осуществлением ими своих полномочий (ст. 56). Условия правосубъектности, имеющие значение для допустимости их как специфических источников доказательств, предусмотрены законом также для подозреваемого и обвиняемого, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, их представителей, эксперта, специалиста и т.д. (более подробно об этом см. гл. 5 учебника).

2. Правило о надлежащем субъекте доказывания

К числу субъектов, правомочных проводить действия по собиранию доказательств, относятся: следователь, дознаватель, орган дознания, прокурор¹, защитник, суд (ч. 1, 3 ст. 86). Все они вправе не только участвовать в исследовании доказательств, но и собирать их. Причем результатом этой деятельности являются именно *доказательства*, в то время как другие участники (подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители), принадлежащие к категории источников доказательств, в лучшем случае могут представлять лишь *предметы и документы*, которые становятся доказательствами только после приобщения их к материалам дела органами предварительного расследования или судом (ч. 2 ст. 86).

Следователь может выполнять роль надлежащего субъекта действий по собиранию доказательств при соблюдении следующих условий: а) отсутствуют основания для его отвода (ст. 61); б) соблюдены правила, касающиеся подследственности (ч. 4 ст. 150, ст. 151); в) уголовное дело принято им к своему производству, о чем имеется запись в постановлении о возбуждении уголовного дела либо в отдельном постановлении (ст. 156), либо г) имеется отдельное поручение следователя другой территориальной подследственности (ч. 1 ст. 152), или д) имеется решение прокурора о производстве предварительного следствия группой следователей, в которую включен и данный следователь (ст. 163). Аналогичные условия в основном предусмотрены и для дознавателя при производстве им дознания как самостоятельной формы предварительного расследования (гл. 32). Однако не допускается возложение полномочий

¹ Поскольку прокурор в настоящее время не принимает *непосредственного* участия в производстве предварительного расследования, собирание им доказательств в ходе досудебного производства возможно лишь в следующих случаях: 1) если доказательства (прежде всего, так называемые иные документы, ст. 84) содержатся в материалах, полученных и направляемых им в следственный орган или орган дознания для решения вопроса об уголовном преследовании по фактам выявленных прокурором нарушений уголовного законодательства (п. 2 ч. 2 ст. 37); 2) если прокурор получает сообщения граждан, должностных лиц в порядке возбуждения производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, которые также являются доказательствами — иными документами (п. 2, 4 ст. 415). В судебном разбирательстве прокурор участвует в собирании доказательств как сторона.

по проведению дознания на то лицо, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия (ч. 2 ст. 41).

Иные сотрудники органа дознания могут быть надлежащими субъектами действий по собиранию доказательств, если: а) отсутствуют основания для их отвода (ст. 61); б) имеются основания для проведения неотложных следственных действий (ст. 157) либо в) имеется письменное поручение прокурора или следователя о производстве органом дознания отдельных следственных действий (п. 4 ч. 2 ст. 37, п. 4 ч. 2 ст. 38), или г) имеется отметка в протоколе следственного действия о привлечении к участию в следственном действии должностного лица органа дознания, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (ч. 7 ст. 164).

Защитник также вправе собирать доказательства путем: а) получения предметов, документов и иных сведений; б) опроса лиц с их согласия; в) истребования справок, характеристик, иных документов (ч. 3 ст. 86). Он приобретает соответствующие полномочия сразу после своего назначения или заключения соглашения о защите (ч. 1 ст. 25 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

Суд становится надлежащим субъектом действий по собиранию доказательств при соблюдении следующих условий: а) отсутствуют основания для отвода судьи или судей (ст. 61 УПК), б) соблюдены правила подсудности (ст. 31), в) дело распределено данному судье председателем суда либо данные судьи назначены для рассмотрения дела коллегиальным составом.

3. *Правило о надлежащем виде способа собирания доказательств* (о способах собирания доказательств см. § 5 настоящей главы)

Для того чтобы полученное доказательство могло быть допустимым, должен быть избран лишь тот способ собирания доказательств, который по своему *содержанию* предназначен законом для данной ситуации. Произвольная подмена надлежащего способа доказывания каким-либо другим незаконна. Так, недопустимо проведение допроса или очной ставки, если необходимо предъявление лица или предмета для опознания, осмотра вместо обыска, наложения ареста на имущество вместо выемки, производство допроса эксперта вместо проведения дополнительной экспертизы и т.д. Каждое следственное действие задумано так, что в соответствующих условиях в максимальной степени обеспечивает достоверность информации данного вида. Поэтому подмена его непригодным для этого действием может оставлять неустранимые сомнения в соответствии полученных результатов действительности. Пригодность того или иного следственного действия для извлечения доказательственной информации определяется прежде всего целями, установленными для него законом.

4. *Правило законной процессуальной формы собирания доказательств*

Уголовно-процессуальный закон устанавливает определенные условия, процедуру и гарантии (процессуальную *форму*) проведения действий по собиранию доказательств. Если эти требования не соблюдены, полученное доказательство может вызывать неустранимые сомнения в своей достоверности, а права и законные интересы участников таких процессуальных действий могут быть существенно и необратимо нарушены. Результатом этого часто является недопустимость полученных сведений в качестве доказательств даже при условии законности источника и вида способа собирания доказательств. Так, например, проведение обыска до возбуждения уголовного дела, без вынесения соответствующего постановления и т.д., влечет за собой недопустимость всех полученных в результате этого следственного действия сведений.

5. *Правило законной процедуры проверки доказательств.* Иногда закон предусматривает или прямо устанавливает определенную последовательность действий по проверке доказательств (см. об этом § 5 настоящей главы).

В процессуальной литературе высказана точка зрения, что любое процессуальное нарушение, т.е. отступление буквально от всякого предписания, содержащегося в нормах закона, касающихся собирания и проверки доказательств, ведет к утрате полученных таким путем сведений качества допустимости¹. Следует, однако, учесть, что речь идет о нарушении требований Кодекса *в целом*, а не отдельных его предписаний. Если закон предусматривает средства и способы, с помощью которых можно нейтрализовать последствия нарушения отдельных его предписаний, доказав, что они не повлияли на соблюдение основных начал уголовного судопроизводства (прежде всего принципов равенства сторон и независимости суда как основополагающих *принципов-максимов* состязательного процесса — см. § 4 гл. 4 учебника), то при успешном применении таких средств и способов уже нельзя сказать, что такое доказательство использовано для доказывания в нарушение закона. Так, например, непредупреждение свидетеля о его праве не давать показания против себя и своих близких несомненно является весьма серьезным процессуальным нарушением. Однако если будет доказано (в том числе и объяснениями самого свидетеля), что это никак не повлияло на добровольность данных им показаний, а значит, и на сохранение равенства сторон, суд, как нам представляется, вправе признать полученные показания допустимыми. Нельзя утверждать, что такое доказательство использовано судом в нарушение закона, так как именно с помощью средств и способов, предусмотренных законом, процессуального нарушения было нейтрализовано. Нарушения, поддающиеся подобному «излечению», следует считать *опровержимыми*, или *устраняемыми*. Напротив, если установлено, что искажение процедуры привело к реальному ущербу для принципов состязательного судопроизводства, ее результаты в любом случае должны считаться юридически ничтожными, а допущенные нарушения неустраняемыми. Нельзя устранить, например, такое нарушение, как получение от обвиняемого признательных показаний путем применения к нему пыток или жестоких, бесчеловечных или унижающих человеческое достоинство видов обращения. В результате такого нарушения процесс перестает отвечать требованиям справедливой судебной процедуры, где стороны должны находиться в равном положении.

Вместе с тем не все процессуальные нарушения (даже неустраняемые), допущенные в ходе производства по делу, являются *существенными* (применительно к цели получения доказательств). Например, присутствие в зале, где происходит судебное следствие, лица, в возрасте до 16 лет, есть процессуальное нарушение (ч. 6 ст. 241), но оно является несущественным для получения в судебном заседании доказательств, а потому не должно приводить к признанию их недопустимыми. То же самое можно сказать о нарушении порядка вызова свидетеля (ст. 188), когда тот вызван на допрос не повесткой, а по телефону; военнослужащий (офицер) вызван на допрос не через командование воинской части, а повесткой, доставленной по месту его жительства, и т.д. Это, конечно, не означает, что подобные нарушения не влекут никаких юридических последствий. Однако санкцией за них является не признание полученных

¹ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 233; Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. М.: Юрист, 1995. С. 31; Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. С. 43.

доказательств недопустимыми, а применение других правовых средств: например, вынесение судами частных постановлений или определений, принятие мер дисциплинарного воздействия к нарушителям.

В УПК РФ предусмотрены гарантии своевременного выявления и блокирования недопустимых доказательств:

1. При наличии на то оснований прокурор, следователь, дознаватель вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству подозреваемого, обвиняемого или по собственной инициативе (ч. 3, 4 ст. 88). Доказательство, признанное недопустимым, не подлежит включению в обвинительное заключение или обвинительный акт. Суд вправе признать доказательство недопустимым по ходатайству сторон или по собственной инициативе.

2. Постановления дознавателя, следователя об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела, а равно иные их действия (бездействие) и решения, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию, могут быть обжалованы в суд по месту проведения предварительного расследования (ч. 1 ст. 125). В соответствии с ч. 2 ст. 50 (гл. 2 «Права и свободы человека и гражданина») Конституции РФ конституционным правом является, в частности, *исключение из процесса доказательств, полученных с нарушением закона*. Следовательно, незаконные действия или бездействие органов расследования и прокурора, а также их решения при получении доказательств, принятые с нарушением закона (о приобщении к делу, о принудительном освидетельствовании, осмотре против воли лиц и т.д.), могут быть обжалованы в суд с *требованием об исключении* соответствующих незаконно полученных доказательств. Представляется, что отказ в удовлетворении ходатайств о собирании относящихся к делу доказательств также можно обжаловать, поскольку это нарушает, во-первых, конституционное право (ч. 4 ст. 29 Конституции РФ) *свободно* искать информацию, а во-вторых, международные нормы и стандарты, в частности, право иметь достаточные возможности для подготовки своей защиты; право на очную ставку (подп. «b» и «d» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г.).

Особого рассмотрения требует проблема так называемой *асимметрии* применения правил допустимости доказательств. Смысл ее состоит в различных правовых последствиях нарушений, допущенных при получении доказательств для стороны обвинения и стороны защиты. На наш взгляд, при решении этого вопроса следует исходить из правил о преимуществе защиты и толковании сомнений в пользу обвиняемого (подозреваемого). Согласно ч. 3 ст. 14 все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном УПК, толкуются в пользу обвиняемого. Это правило распространяется и на толкование сомнений в отношении допустимости доказательств. Так, если следователь, дознаватель, суд получили оправдывающее обвиняемого доказательство с нарушением законного порядка, оно по ходатайству стороны защиты должно быть признано допустимым ибо в любом случае порождает определенные сомнения в виновности обвиняемого. Бремя доказывания при ошибках обвинения не может быть возложено на обвиняемого. Однако принятие судом подобных доказательств не исключает оценки с точки зрения достоверности, в том числе с учетом нарушений, допущенных при их получении. Иначе должен решаться вопрос, когда сама сторона защиты представила доказатель-

ства, полученные ею самой с нарушением закона. В этих случаях доказательства могут быть признаны недопустимыми при условии, если факт нарушения закона стороной защиты доказан обвинителем, а само нарушение является существенным и неустранимым. Основанием для этого вывода может служить не только ч. 1 ст. 75, но и конституционная норма, устанавливающая, что каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию только *законным способом* (ч. 4 ст. 29 Конституции РФ). Так, например, если защитник при собирании доказательств путем опроса (п. 2 ч. 3 ст. 86) применил к опрашиваемому лицу незаконные меры — запугивание и угрозы, добившись от него подтверждения алиби обвиняемого, то полученные письменные объяснения лица не могут считаться допустимым доказательством.

§ 4. КЛАССИФИКАЦИЯ И ВИДЫ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

Содержанием доказательств является информация, которая, в свою очередь, есть отраженное разнообразие окружающего мира. Поэтому доказательства столь же многообразны, как сама жизнь. Они имеют различное происхождение, содержание, внутреннюю структуру, внешнюю форму, выполняют разную роль в процессе доказывания. Поэтому доказательства нуждаются в классификации, которая является одним из инструментов научного познания. Опираясь на сходство и различия исследуемых объектов, она добивается их распознавания, идентификации, а в своей теоретически развитой форме отображает внутреннее строение исследуемой системы, позволяет выявлять ее закономерности. Классификация доказательств преследует именно эти цели. Отличаясь разнообразием, доказательства классифицируются по различным основаниям.

В зависимости от отношения к обвинению они разделяются на *уличающие* или *оправдывающие*. Так, согласно тексту присяги, приносимой присяжными заседателями, они обязуются «принимать во внимание все рассмотренные в суде доказательства, как уличающие подсудимого, так и оправдывающие его» (ч. 1 ст. 332 УПК). К оправдывающим доказательствам относятся и те, которые указывают на наличие смягчающих наказание обстоятельств. Роль такой классификации доказательств состоит в обеспечении всесторонности исследования обстоятельств уголовного дела, предотвращения обвинительного уклона в деятельности следователя, дознавателя, прокурора, суда. Кроме того, она имеет значение для определения порядка исследования доказательств в судебном следствии, поскольку первой должна представлять свои (уличающие) доказательства сторона обвинения, а второй (оправдывающие) — сторона защиты (ст. 274).

По отношению к предмету доказывания различают *прямые* и *косвенные* доказательства. Прямые доказательства сразу указывают на обстоятельства главного факта (прежде всего на виновность лица в совершении преступления), косвенные же непосредственно указывают лишь на так называемые промежуточные (доказательственные) факты и только через них — на виновность. Практическое значение этой классификации состоит в следующем. Если прямое доказательство дает основание для построения одной версии случившегося, то каждое косвенное доказательство, взятое в отдельности, всегда предполагает возможность одновременного построения нескольких версий. Поэтому при наличии косвенного доказательства необходимо искать и исследовать несколько версий случившегося. Так, например, прямым доказательством будут показания свидетеля А., который сообщил, что видел, как подозреваемый Б.

в ссоре ударил ножом В., который от этого умер. Косвенными доказательствами по данному делу являются показания свидетелей Г. и Д. о том, что они видели Б. с ножом в руке недалеко от места происшествия во время, близкое к тому, когда произошла указанная ссора, при этом его одежда была запачкана кровью. Нахождение Б. рядом с местом происшествия и наличие крови на его одежде — это промежуточные, или доказательственные факты. Сами по себе они еще не равнозначны выводу о виновности Б. в совершении убийства, поскольку допускают и иные версии случившегося, например, что Б. обнаружил тело В., уже убитого кем-то другим, и вынул из раны нож, после чего его заметили свидетели Г. и Д. Однако в совокупности с показаниями свидетеля-очевидца А. и другими доказательствами они могут изобличить Б. именно в совершении убийства.

В зависимости от количества источников сведений об искомом обстоятельстве доказательства делятся на *первоначальные* и *производные*. Первоначальные — это такие доказательства, когда между искомым обстоятельством и субъектом доказывания имеется один источник сведений, например очевидец события преступления. Производные доказательства предполагают наличие в распоряжении субъекта доказывания источника, производного от первоначального, — например, свидетеля, ссылающегося на получение сведений об искомом обстоятельстве от другого лица; копии документа; слепок со следа, обнаруженного на месте происшествия, и т.д. Значение данной классификации тесно связано с принципом непосредственности исследования доказательств (см. о нем § 7 гл. 4 учебника). В силу этого принципа при наличии производного доказательства субъект доказывания непосредственности исследования доказательств должен стремиться к получению доказательства первоначального — показаний свидетелей-очевидцев, подлинника документа и др., при условии, если только они *достижимы* (свидетель может явиться в суд, подлинник документа существует, местонахождение его известно). Если производный свидетель не может указать источник своей осведомленности, его показания недопустимы в качестве доказательства (п. 2 ч. 2 ст. 75). Стороны могут потребовать в суде непосредственного допроса свидетеля, потерпевшего, подсудимого, не ограничиваясь оглашением протоколов его предшествующих допросов, которые по отношению к устным показаниям могут рассматриваться как производные доказательства (ст. 281).

Качественная характеристика источников сведений является основанием для классификации доказательств на показания подозреваемого, обвиняемого; показания потерпевшего, свидетеля; заключение и показания эксперта или специалиста; заключение и показания специалиста; вещественные доказательства; протоколы следственных и судебных действий; иные документы. Данная классификация получила название *легальной*, поскольку прямо закреплена в законе (ч. 2 ст. 74). Помимо названных видов доказательств, в других нормах Кодекса указаны также показания и объяснения гражданского истца (п. 3, 5 ч. 4 ст. 44).

Значение легальной классификации доказательств особенно велико, поскольку закон предъявляет к каждому из их видов особые и разнообразные требования. Рассмотрим их более подробно.

1. Показания подозреваемого и обвиняемого

Показания подозреваемого — это сведения, сообщенные подозреваемым на допросе, проведенном в ходе досудебного производства по делу (ст. 76 УПК). Показания подозреваемого получают по правилам допроса, которые действуют также

в отношении свидетеля и потерпевшего (ст. 187—190), однако предмет и процессуальный режим допроса подозреваемого отличаются от предмета и режима допроса указанных лиц. Дача показаний — средство защиты от подозрения, а потому это право, а не обязанность подозреваемого. Как и обвиняемый, он не несет ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний и поэтому не предупреждается о такой ответственности. Допрос подозреваемого производится не позднее 24 часов с момента его фактического задержания (ч. 2 ст. 46) с соблюдением требований п. 3 ч. 4 ст. 46 и ч. 3 ст. 50, относящихся к участию защитника. Бремя доказывания оснований для признания лица подозреваемым, а также бремя опровержения доводов, которые подозреваемый выдвигает в свою защиту, несет сторона обвинения.

Допрос подозреваемого проводится: а) по обстоятельствам, дающим основание подозревать его в совершении преступления, а равно обстоятельствам, опровергающим возникшее подозрение либо исключающим преступность и наказуемость деяния; б) по обстоятельствам, составляющим основание задержания (ст. 91) или применения меры пресечения — заключения под стражу (ст. 97, 108 и др.); в) при подтверждении подозрения — по обстоятельствам, относящимся к объему обвинения, которое в дальнейшем может быть предъявлено данному лицу в качестве обвиняемого; г) по иным обстоятельствам, имеющим значение для дела (обстоятельства, характеризующие личность; характер и размер вреда, причиненного преступлением; обстоятельства, смягчающие или отягчающие ответственность; обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности или наказания, и др.). Таким образом, предмет показаний подозреваемого в значительной части совпадает с предметом показаний обвиняемого. Поэтому показания подозреваемого сохраняют свое доказательственное значение и после того, как в последующем это лицо дало показания в качестве обвиняемого. Сравнение показаний обвиняемого с показаниями того же лица, допрошенного в качестве подозреваемого, нередко помогает установлению истины по делу.

Если имеются основания, указанные в ч. 1 ст. 46, которые достаточны для приобретения лицом процессуального статуса подозреваемого (возбуждение уголовного дела против данного лица, либо его задержание, либо применение к нему меры пресечения до предъявления обвинения), оно не может допрашиваться в качестве свидетеля с предупреждением об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний, но должно быть допрошено лишь в качестве подозреваемого. Практика искусственной отсрочки с выполнением действий, с которыми закон связывает признание лица подозреваемым (исключение из постановления о возбуждении уголовного дела указания на лицо, в отношении которого это дело фактически возбуждено; затягивание с оформлением задержания в порядке ст. 92 и т.п.) с целью обеспечить его допрос в качестве свидетеля, незаконна и влечет признание добытых таким путем показаний недопустимыми доказательствами.

Показания обвиняемого — это сведения об обстоятельствах, входящих в объем предъявленного обвинения, а также иных обстоятельствах, доказательствах и источниках доказательств, сообщаемые в ходе допроса лицом, привлекаемым к уголовной ответственности. Показания обвиняемого, так же как и показания подозреваемого, — не только средство доказывания обстоятельств уголовного дела, но и средство защиты обвиняемого от предъявленного обвинения. Поэтому наряду с показаниями (сведениями о конкретных обстоятельствах) обвиняемый вправе давать *объяснения*, которые мо-

гут содержать оценочные суждения относительно обстоятельств, версии и предположения, выдвигаемые им в свою защиту. Эти объяснения непосредственно не являются доказательствами, ибо касаются не обстоятельств, а суждений, однако в отличие от объяснений свидетелей и потерпевших, объяснения обвиняемого имеют доказательственное значение, так как порождают юридическую обязанность следователя, дознавателя, прокурора, суда проверить все выдвинутые обвиняемым версии, предположения и суждения, могущие иметь хоть сколько-нибудь разумное основание. Во всяком случае, объяснения обвиняемого должны быть опровергнуты или подтверждены доказательствами, собранными по уголовному делу. Показания и объяснения обвиняемого тесно связаны, поскольку могут быть даны в ходе одного и того же его допроса. Объяснения следует отличать от оценочных сведений, которые внешне могут иметь форму предположений, но фактически являются показаниями об обстоятельствах дела (например, суждение о приблизительной скорости движения транспортного средства, возрасте соучастника преступления, потерпевшего).

Показания обвиняемого следует ограничивать от сведений, сообщенных этим лицом не в ходе допроса, а в рамках иных процессуальных форм: в заявлении о явке с повинной; в признании (или непризнании) в своей виновности при ответе на вопрос следователя, предвещающий первый допрос после предъявления обвинения (ч. 2 ст. 173), или на вопрос председательствующего после изложения в суде предъявленного подсудимому обвинения (ч. 2 ст. 273); в ходатайствах, жалобах; в выступлении в прениях сторон (в отсутствие защитника) или в последнем слове подсудимого. Данные сообщения не могут заменить показаний, поэтому об обстоятельствах, сообщенных обвиняемым в указанных формах, он должен быть допрошен.

Дача показаний — право, а не обязанность обвиняемого, в связи с чем законом не предусмотрена его ответственность за отказ отдачи показаний. Причем в отличие от свидетеля обвиняемый вправе отказаться от дачи показаний по любым вопросам, а не только против самого себя, своего супруга или близких родственников. Отказ от дачи показаний является правом обвиняемого (п. 3 ч. 4 ст. 47). По российскому законодательству обвиняемый не несет ответственности и за дачу заведомо ложных показаний. Это объясняется тем, что угроза такой ответственности может в критических ситуациях толкнуть невиновного на самооговор: например, при наличии внешне убедительных, хотя и не соответствующих действительности доказательств виновности в инкриминируемом преступлении, которые заставляют обвиняемого опасаться своего осуждения не только за это преступление, но и за дачу заведомо ложных показаний. Вместе с тем отказ подозреваемого или обвиняемого дать объяснения, которые могли бы свидетельствовать в его пользу, может быть истолкован не в его пользу в качестве косвенного доказательства виновности (например, его неготовность объяснить, почему он находился в помещении, в котором в это же самое время насильно удерживался агент оперативной службы)¹.

Уголовный закон не предусматривает такого отягчающего ответственность обвиняемого обстоятельства, как оговор заведомо невиновного лица. Поэтому обвиняемый

¹ Европейский Суд по правам человека, признавая право каждого не свидетельствовать против самого себя, не рассматривает как нарушение права на защиту практику, когда суды делают умозаключения из отказа обвиняемого дать какое-либо объяснение фактам, которые в ином случае явно свидетельствуют против обвиняемого (дело *Murrey (John) v. the United Kingdom*, 08.02.96 г.).

не несет ответственности за дачу показаний, содержащих заведомо ложное сообщение о совершении преступления другим конкретным лицом. УК РФ устанавливает уголовную ответственность за заведомо ложный донос (ст. 306) и клевету, сопряженную, в частности, с обвинением другого лица в совершении тяжкого преступления (ч. 3 ст. 129). Если такой донос или клевета содержатся *в показаниях* обвиняемого, то он, на наш взгляд, не может быть привлечен к уголовной ответственности за эти деяния, поскольку не несет ответственности за дачу заведомо ложных показаний. Иначе должен решаться вопрос, когда заведомо ложный донос или клевета исходят от обвиняемого в других формах (заявление о возбуждении уголовного дела, направление писем, устное сообщение вне рамок допроса и т.д.).

Показания обвиняемого могут быть *признательными (уличающими)* или *оправдывающими*. Различают полное признание, т.е. подтверждение обвиняемым всего объема предъявленного обвинения, и признание частичное. При частичном признании обвиняемый может, например, отрицать свое участие в отдельных эпизодах преступной деятельности, свою особо активную роль в совершении преступления, его умышленный характер, возражать против правильности квалификации его действий, данной в предъявленном обвинении, и т.д. Если же обвиняемый признает объективную сторону своих действий, но отрицает их виновный (умышленный или неосторожный) характер либо по иным основаниям не соглашается с оценкой этих действий как противоправных, его показания не могут рассматриваться как признательные.

Уголовно-процессуальный закон относится к признательным показаниям обвиняемого как к любому другому доказательству, требуя подтверждения его совокупностью иных доказательств, собранных по данному уголовному делу (ч. 2 ст. 77). Основанием данного требования является принцип свободы оценки доказательств, согласно которому никакие доказательства не имеют заранее установленной силы (ч. 2 ст. 17). При этом достаточной может являться лишь совокупность таких подкрепляющих признание обвиняемого доказательств, которые своим первоисточником имеют не только признание обвиняемого, но и другие независимые от показаний обвиняемого источники доказательственной информации.

2. Показания потерпевшего и свидетеля

Показания потерпевшего — это сведения, сообщенные им на допросе, проведенном в ходе досудебного производства по уголовному делу или в суде (ст. 78). Предмет показаний потерпевшего во многом сходен с предметом показаний свидетеля, в связи с чем процедура их допроса почти совпадает (ст. 187—191, 277). Вместе с тем показания потерпевшего являются не только средством установления истины по делу, но и средством отстаивания потерпевшим своих интересов в уголовном деле. Поэтому, в отличие от свидетеля, дача показаний — не только обязанность, но и право потерпевшего. Кроме того, особое значение в показаниях потерпевшего могут иметь сведения о субъективном восприятии им некоторых обстоятельств события преступления, например реальности угрозы со стороны лица, совершавшего преступления; о характере и размере вреда, причиненного преступлением (особенно при определении размера вреда). Следует иметь в виду, что потерпевший может заявить гражданский иск в уголовном судопроизводстве для возмещения ему не только имущественного, но и морального вреда (ч. 1

ст. 44), поэтому показания потерпевшего о нравственных и физических страданиях и переживаниях, перенесенных им в результате совершения в отношении него преступления, также имеют особую ценность.

Потерпевший относится к участникам уголовного судопроизводства со стороны обвинения (гл. 6 УПК). Таким образом, он является обвинителем, что определяет значение даваемых им показаний и особенности их оценки, а именно:

— показания потерпевшего есть в первую очередь средство поддержания им обвинения и защиты своих интересов как пострадавшего от преступления;

— поскольку бремя доказывания обвинения лежит на стороне обвинения (ч. 2 ст. 14), а значит, и на потерпевшем, выдвигаемое им обвинение (в форме обвинительных показаний) должно быть подтверждено совокупностью других доказательств, полученных из иных источников. Таким образом, одних только показаний потерпевших недостаточно для признания лица виновным в совершении преступления, точно так же как в гражданском процессе одних лишь объяснений истца недостаточно для обоснования иска.

Показания свидетеля — это сведения, сообщенные им на допросе, проведенном в ходе досудебного производства по уголовному делу или в суде (ст. 79). Свидетель может быть допрошен о любых относящихся к уголовному делу обстоятельствах. Однако закон устанавливает или допускает ряд ограничений на использование или получение показаний свидетеля, касающихся определенных вопросов:

— недопустимы показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности (п. 2 ч. 2 ст. 75). Запрет на показания по слуху относится только к тем сведениям, источник которых вообще не может быть назван свидетелем. Если же свидетель ссылается на лицо, от которого он узнал относящиеся к делу сведения и о котором может сообщить хотя бы какую-то конкретизирующую информацию (приметы и т.д.), его показания допустимы. Кроме того, данная норма, на наш взгляд, исключает догадки, предположения и слухи лишь из предмета показаний свидетеля как доказательства, но не из предмета его допроса. Сообщаемые свидетелем предположения и слухи, не будучи доказательством, тем не менее могут играть роль ценной ориентирующей информации, позволяющей определить направление расследования или судебного следствия;

— предметом показаний свидетеля не могут быть его выводы и разъяснения, основанные на использовании специальных познаний, поскольку они относятся к предмету экспертизы, показаний эксперта (ст. 80) или показаний специалиста (ст. 58, ч. 4 ст. 271). При необходимости получения таких выводов и разъяснений лицо должно быть привлечено в качестве эксперта или специалиста. Вместе с тем это не исключает получения показаний от так называемых *сведущих свидетелей*, т.е. свидетелей, обладающих специальными знаниями, которые благодаря этим познаниям имели возможность при наблюдении за происходящим событием правильное его понять и обратить внимание на существенные обстоятельства, могущие ускользнуть от непосвященных. Отличие сведущих свидетелей от экспертов и специалистов состоит, *во-первых*, в том, что они дают показания об искомых по делу обстоятельствах, которые ими наблюдались или воспринимались случайно либо по их собственной инициативе вне уголовно-процессуальной деятельности, а не по поручению сторон или суда,

во-вторых, сведущие свидетели не должны производить каких-либо специальных исследований; они не могут также давать разъяснений, которые выходят за пределы воспринимавшихся ими вне уголовного процесса обстоятельств;

— в предмет свидетельских показаний не могут входить обстоятельства, составляющие судейскую, адвокатскую тайну, тайну исповеди, обстоятельства, ставшие известными адвокату, защитнику в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием (п. 1—4 ч. 3 ст. 56). Только с согласия членов Совета Федерации, депутатов Государственной Думы, а также лиц, обладающих полномочиями разрешать изъятия из дипломатического, консульского или иного международного свидетельского иммунитета, могут быть предметом свидетельских показаний сведения, защищаемые соответствующим служебным либо дипломатическим иммунитетом. Таким же образом решается вопрос о включении в предмет свидетельских показаний сведений, защищаемых правом лица не свидетельствовать против самого себя, своего супруга или близких родственников (п. 1 ч. 4 ст. 56).

Использование в судебном разбирательстве протоколов показаний свидетелей и потерпевших, данных ими ранее, ограничено правом каждого допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены. Указанные права для лиц, обвиняемых в совершении уголовного преступления, предусмотрены подп. «d» п. 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Согласно ч. 1—2 ст. 281 УПК РФ оглашение показаний потерпевшего и свидетеля, ранее данных при производстве предварительного расследования или судебного разбирательства, допускается в случае неявки потерпевшего или свидетеля, как правило, лишь с согласия сторон.

3. Заключение и показания эксперта

Заключение эксперта — представленные в письменном виде содержание исследования и выводы по вопросам, поставленным перед экспертом лицом, ведущим производство по уголовному делу, или сторонами (ч. 1 ст. 80). Заключение эксперта как доказательство обладает следующими признаками: а) оно представляет собой результат экспертизы, которая назначается по поручению следователя, дознавателя или суда и проводится с соблюдением особого процессуального порядка, б) исходит от лиц, обладающих специальными познаниями в интересующей производство по данному делу области, в) является итогом проведения этими лицами самостоятельного исследования собранных по делу доказательств и иных материалов, г) имеет форму доказательства особого вида. Основная задача эксперта — дать ответы на вопросы, поставленные ему в постановлении (определении) о назначении экспертизы. Однако если при производстве судебной экспертизы эксперт установит обстоятельства, которые имеют значение для уголовного дела, по поводу которых ему не были поставлены вопросы, то он вправе указать на них в своем заключении (п. 4 ч. 3 ст. 57, ч. 2 ст. 204).

Эксперт дает заключение либо на основе непосредственного исследования материальных объектов экспертизы, либо на основе такого исследования с привлечением сведений, известных из материалов дела, либо только на основе таких сведений. В то же время эксперт не вправе самостоятельно собирать материалы для экспертного ис-

следования, в том числе без ведома следователя и суда вести переговоры с участниками уголовного судопроизводства по вопросам, связанным с проведением экспертизы (п. 1, 2 ч. 4 ст. 57). Оценка достоверности материалов, представляемых на экспертизу, является прерогативой лица, ведущего процесс. Вместе с тем если получение образцов для сравнительного исследования является частью методики судебной экспертизы, то оно производится экспертом. В этом случае сведения о производстве указанного действия эксперт отражает в своем заключении (ч. 4 ст. 202).

Заключение эксперта может быть: 1) *категорическим* — положительным или отрицательным (например, след протектора оставлен на асфальте шинами только данного либо другого автомобиля); 2) *вероятным, или некатегорическим*; 3) о невозможности решить поставленный вопрос (например, установить, кем оставлены отпечатки пальцев на орудии преступления, не представилось возможным). В постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 16.03.71 г. «О судебной экспертизе по уголовным делам» разъяснялось, что вероятное заключение эксперта не может быть положено в основу приговора. В соответствии с этим разъяснением приобрела распространение точка зрения о том, что вероятностный (некатегорический) вывод эксперта не может быть доказательством по уголовному делу¹. В юридической литературе высказана, однако, и иная и, на наш взгляд, более приемлемая точка зрения: «Если эксперт установил ряд совпадений или различий в сравниваемых объектах, комплекс которых, однако, не позволяет прийти к категорическому заключению о тождестве или о его отсутствии, доказательственное значение имеет не вероятный вывод эксперта о тождестве или различии, а совпадение частных признаков, определенно указанных экспертом... Заключение эксперта, содержащее косвенные данные о тождестве, направляет работу следователя на установление тождества с помощью других способов доказывания. После того как другие доказательства данного обстоятельства найдены (например, получены показания о том, что след оставлен данным лицом), их оценка производится с учетом тех фактических обстоятельств (например, совпадений или различий), которые обнаружил эксперт в процессе исследования. Совокупность показаний свидетелей и обвиняемых о том, что определенный след оставлен данным лицом или предметом, заключение эксперта, которым установлены совпадения некоторых признаков, может оказаться достаточной для достоверного вывода следователя (суда) об искомом обстоятельстве — в данном случае о тождестве»². Следует отметить, что ни прежнему уголовно-процессуальному закону, ни УПК РФ не известен запрет на использование вероятностных выводов эксперта в качестве доказательств по уголовному делу. Аргумент о том, что признание вероятного заключения эксперта доказательством противоречит указанию закона: «Обвинительный приговор не может быть основан на предположениях...» (ч. 4 ст. 302), неубедителен, ибо приговор должен быть основан не на одном только экспертном заключении, а на совокупности доказательств — к ней и обращено требование закона о недопустимости предположений. Оценка доказательств в совокупности обеспечивает их взаимную проверку, в том числе проверку вероятных выводов эксперта, и общий вывод в результате итоговой оценки доказательств может быть достоверным, несмотря на то что отдельные

¹ См.: Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В.М. Лебедева, В.П. Божьева. М., 2002. С. 178.

² Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 714—715.

доказательства в собранной совокупности содержат лишь вероятные данные. Более того, УПК РФ недвусмысленно устанавливает принцип *свободы оценки доказательств*, прямо запрещая придавать тем или иным видам доказательств (в том числе, очевидно, и категорическим или некатегорическим заключениям экспертов) заранее установленную силу (ч. 2 ст. 17).

В соответствии с п. 4 ч. 2 ст. 57 эксперт не вправе выходить за пределы своей специальной компетенции, т.е. делать выводы по вопросам, которые не могут быть разрешены на основе его специальных познаний. Уголовно-правовая оценка фактических обстоятельств дела является исключительным правом следователя, дознавателя, прокурора и суда. Так, например, судебно-медицинский эксперт не вправе определять характер насильственной смерти — убийство, самоубийство или несчастный случай, он может давать лишь медицинскую характеристику причин смерти. Он вправе установить лишь факт повреждений, которые потерпевший физически *не смог бы* причинить себе своей собственной рукой, однако не может сделать противоположный вывод о том, что ранения являются результатом действий самого пострадавшего, так как всякое ранение, которое тот в состоянии причинить себе сам, может быть причинено ему и другим лицом. Также не входят в предмет судебно-медицинской экспертизы вопросы о наличии «особой жестокости» убийства, «обезображения» лица потерпевшего, поскольку данные понятия являются не медицинскими, а правовыми. Эксперт может определить лишь характер и тяжесть повреждений, в том числе и решить вопрос о невозможности изгладить обезображение лица. Вместе с тем могут относиться к предмету экспертизы правовые нормы, в которых содержатся относящиеся к предметной компетенции эксперта технические и профессиональные правила (нормы, устанавливающие правила дорожного движения, медицинские критерии оценки тяжести вреда здоровью, содержащиеся в правилах судебно-медицинской экспертизы по определению тяжести вреда, причиненного здоровью, и т.д.).

С заключением эксперта тесно связан такой вид доказательств, как показания эксперта. Они даются им только после получения его заключения и в связи с ним в целях разъяснения или уточнения данного заключения. Если требуется дополнить заключение эксперта, т.е. провести дополнительные специальные исследования для более полного или глубокого ответа на поставленные ему вопросы, должна быть назначена дополнительная экспертиза. Разъяснения и уточнения заключения даются экспертом в форме показаний только тогда, когда это возможно без проведения самостоятельных исследований.

4. Заключение и показания специалиста

Заключение специалиста — это представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом (ч. 3 ст. 80). Заключение специалиста представляет собой письменные ответы на поставленные перед ним вопросы. Специалист привлекается сторонами или судом к участию в деле: для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов в ходе любых следственных действий; применения технических средств в исследовании материалов уголовного дела; постановки вопросов эксперту; для разъяснения вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию (ч. 1 ст. 58). Соответственно в своем заключении он может высказать суждения: а) относительно

ранее выполненных им действий в процессе обнаружения, закрепления и изъятия предметов и документов; б) о вопросах, которые, с его точки зрения, следует поставить перед экспертом; в) по другим специальным вопросам, разъяснения которых требуют стороны. Однако, как уже отмечалось ранее (см. § 17 гл. 5 учебника), специалист, в отличие от эксперта, не вправе проводить каких-либо самостоятельных специальных исследований, и его заключение может содержать ответы только на такие вопросы, которые не требуют проведения подобных исследований. Другими словами, эти ответы должны иметь характер разъяснений специалиста, например: о свойствах веществ, предметов или явлений, о характере протекания природных, социальных и других процессов, о необходимости обратить внимание на те или иные обстоятельства и т.д. Заключение специалиста не может заменить собой заключения эксперта.

Показания специалиста — сведения, сообщенные им на допросе об обстоятельствах, требующих специальных познаний, а также разъяснение своего мнения (ч. 4 ст. 80). Сказанное относительно заключения специалиста относится и к его показаниям. Их отличие от заключения состоит в том, что если заключение может быть истребовано или представлено сторонами для приобщения к делу в «готовом» письменном виде, то показания даются специалистом устно в ходе его допроса.

По буквальному смыслу ч. 3 ст. 80 письменное заключение специалиста представляется только по инициативе сторон (заключение специалиста — представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами. — *А.С.*), но не суда. Таким образом, суд не может истребовать по собственной инициативе письменное заключение специалиста, а в соответствии с принципом непосредственности исследования доказательств и устности судебного разбирательства должен получить его разъяснения в форме дачи показаний специалиста в судебном заседании.

5. Вещественные доказательства

Согласно ч. 1 ст. 81 УПК вещественными доказательствами признаются любые предметы, которые: служили орудиями преступления или сохранили на себе следы преступления; на которые были направлены преступные действия; имущество, деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате совершения преступления; иные предметы и документы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела. Таким образом, законодательное определение вещественных доказательств имеет казуистический характер, т.е. представляет собой открытый перечень возможных их разновидностей. Указание в названной норме на то, что вещественные доказательства — средства для обнаружения преступлений, не решает проблему, так как, во-первых, любое доказательство может служить средством для обнаружения обстоятельств дела; во-вторых, как отмечается в литературе, не всякий предмет, способный выступать средством для обнаружения преступлений, является доказательством (например, средства криминалистической техники)¹. Дан-

¹ См.: Уголовный процесс. Общая часть : учебник / под науч. ред. д.ю.н., проф. В.З. Лукашевича. СПб. : Изд-во юрид. фак-та СПб гос. ун-та., 2004. С. 265.

ное законодательное определение затрудняет выяснение сущности вещественных доказательств и в ряде случаев не позволяет достаточно четко отграничить их от некоторых других доказательственных видов, прежде всего от иных документов и образцов для сравнительного исследования. Поэтому имеется необходимость в выработке теоретического понятия вещественных доказательств. Однако в юридических исследованиях этому вопросу до сих пор не уделялось достаточного внимания. Достаточной обычно считается ссылка на то, что вещественные доказательства есть материальные следы, «отпечатки» исследуемого события¹. Однако далеко не все вещественные доказательства можно рассматривать как материальные отражения или следы исследуемого события. Так, например, вряд ли подпадают под эту категорию имущество, деньги и ценности, нажитые преступным путем. Дары волхвов, безусловно, могли бы стать вещественными доказательствами рождения и присутствия Иисуса Христа, которого разыскивали слуги царя Ирода, хотя сами по себе, как предметы, они имели чисто символическое значение.

Не может служить универсальным признаком вещественных доказательств и естественная (некодированная) форма находящейся в них информации, как полагают некоторые авторы². Так, документ с признаками интеллектуального подлога содержит доказательственную информацию именно в знаковой (кодированной) системе.

В общем виде вещественные доказательства можно определить как предметы, которые *объективно*, в силу своих собственных качеств, а также связей с иными обстоятельствами могут служить средством к установлению искомых по делу обстоятельств. Признак объективности — ключевой для понимания природы вещественных доказательств. Он подразумевает, что содержащаяся в них информация, имеющая значение для дела, формируется отнюдь не для доведения ее до сведения органов расследования и суда, а с какими-либо иными (иногда прямо противоположными) целями либо вообще независимо от воли и желания людей. Так, например, записка, в которой подозреваемый обращается к другим лицам с просьбой укрыть похищенное, повлиять на свидетелей и т.п., является вещественным доказательством в силу своего объективного характера по отношению к уголовно-процессуальной деятельности, ибо подозреваемый не желал, чтобы данная информация попала к следователю или в орган дознания, а намеревался достичь противоположного результата. Орудие преступления сохраняет на себе его следы не потому, что этого хотел правонарушитель, а потому, что таково объективное положение вещей. Деньги и ценности, нажитые преступным путем, могут рассматриваться как вещественные доказательства лишь постольку, поскольку выявлена их объективная связь с преступными источниками обогащения обвиняемого или подозреваемого. Другими словами, обстоятельства возникновения и появления в деле вещественных доказательств есть не что иное, как доказательственные факты, неразрывно связанные с соответствующими предметами и в определенном смысле являющиеся частью вещественных доказательств. Например, факт обнаружения при обыске в жилище подозреваемого денег, хранившихся в тайнике, придает этим деньгам смысл вещественных доказательств; факт написания лицом предсмертной записки перед совершением самоубийства делает эту записку, остав-

¹ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе / под ред. Н.В. Жогина. Изд. 2-е. М. : Юрид. лит., 1973. С. 634.

² См.: Орлов Ю.К. Основы доказательств в уголовном процессе. С. 112.

ленную на месте происшествия, не просто документом, а документом — вещественным доказательством и т.п. При этом сами предметы иногда могут непосредственно и не содержать в себе информации, имеющей значение для дела, — основное значение имеет их системная связь с сопутствующими доказательственными фактами. Отсутствие информации о доказательственных фактах, связанных с предшествующими обстоятельствами возникновения, местонахождения, положения и функций относительно других предметов либо использования предмета, лишает его качества вещественного доказательства. Поэтому предмет, происхождение которого неизвестно (например, нож с отпечатками пальцев подозреваемого, подброшенный следователю неизвестными лицами), не может быть признан вещественным доказательством, если не будет выяснена его предшествующая история. Неприемлемо также использование взамен утраченных или необнаруженных вещественных доказательств так называемых предметов-аналогов (например, направление на экспертизу вместо обнаруженного ножа, являвшегося орудием убийства, другого ножа подобного типа). Хотя происхождение предмета-аналога известно, оно непосредственно не связано с тем событием, которое является предметом расследования, и значит, необходимый доказательственный факт отсутствует. Ввиду отсутствия в их структуре доказательственного факта не могут признаваться вещественными доказательствами и образцы для сравнительного исследования, несмотря на то что физически они могут ничем от вещественных доказательств не отличаться.

Из неразрывной связи вещественных доказательств с обстоятельствами прошлого вытекает практический критерий их отграничения от иных, смежных доказательств. Этот критерий — *незаменимость* вещественных доказательств. Утрата или необратимое повреждение, включая нарушение необходимой процессуальной формы, означает невозможность воспроизведения вещественного доказательства, ибо для этого пришлось бы вернуться в прошлое, когда формировался сопутствующий доказательственный факт. Копирование же вещественного доказательства в той или иной форме (фотографирование, изготовление слепков, макетов) не может восполнить этой утраты, так как ведет к возникновению другого, производного доказательства, обладающего иной доказательственной силой. Напротив, утрата так называемого иного документа (ст. 84) может быть восполнена получением из того же источника нового документа, имеющего точно такую же доказательственную силу.

Вещественным доказательством является не сам предмет как таковой, а предмет с его определенными качествами и связями с доказательственными фактами. Без восприятия этих качеств и связей субъектом доказывания предмет не имеет доказательственной ценности. Поэтому вещественное доказательство есть не просто предмет, а система: предмет — доказательственный факт (факты) — субъект доказывания, причем система правовая, требующая соблюдения определенной процессуальной формы. Необходимыми элементами понятия вещественного доказательства являются его осмотр и решение субъекта доказывания о приобщении к делу. Осмотр предмета (ч. 2 ст. 81) производится на месте производства того следственного действия, в ходе которого предмет был обнаружен (ч. 2 ст. 177). Это может быть не только собственно осмотр, но и обыск, выемка, проверка показаний на месте. Невыполнение этого требования ведет к недопустимости данного предмета как доказательства (например, извлеченная из тела пуля, не подвергнутая осмотру с отражением его результатов в соответствующем протоколе). Оформление процесса получения вещественных до-

казательств и описание их без составления протоколов следственных действий (например, путем составления таких не известных уголовно-процессуальному закону документов, как акты проверочных закупок, протоколы «добровольных выдач») неправомерно, ибо это не обеспечивает достаточных гарантий достоверности полученной информации. В этих случаях необходимо проводить следственное действие, включающее осмотр полученного предмета. В протоколе перечисляются все изымаемые предметы и документы, указываются количественные и качественные характеристики предметов, все другие индивидуальные признаки, позволяющие выделить объект из числа ему подобных и обуславливающие его доказательственное значение.

На практике при изъятии большого числа предметов и документов составляется специальная опись, прилагаемая к протоколу и являющаяся его неотъемлемой частью. В протоколе или в прилагаемой к нему описи указываются точные наименования, количество, мера, вес, серия и номер, другие отличительные признаки каждого изымаемого объекта, а также места их обнаружения. Копия протокола и описи выдаются на руки лицу, у которого произведено изъятие имущества, ценностей или документов. Если опись изымаемых предметов и ценностей составить на месте невозможно из-за большого их количества, они помещаются в упаковку, которая снабжается бирками с удостоверительными надписями и подписями следователя, понятых и лица, у которого произведено изъятие. В таких случаях составление описи изъятых объектов производится по месту проведения следствия, дознания или судебного разбирательства с участием понятых (по возможности тех же) и отражением в протоколе сохранности печатей и удостоверительных надписей на упаковке, в которую были помещены изъятые объекты.

Иногда между осмотром предмета и признанием его вещественным доказательством необходимо произвести и другие следственные действия (опознание, экспертизу и т.д.). Недопустимость предмета может быть следствием и отсутствия постановления (определения) о признании его вещественным доказательством и приобщении к делу.

Вещественные доказательства, как правило, должны храниться при уголовном деле или в месте, указанном дознавателем или следователем (если по причине их громоздкости и иных причин они не могут храниться при уголовном деле). Исключения составляют лишь случаи, когда хранение вещественных доказательств затруднено или издержки по обеспечению специальных условий хранения соизмеримы с их стоимостью (п. 1 ч. 2 ст. 82). Когда обеспечить хранение предмета невозможно, а приобщение к делу лишь его образца для сравнительного исследования нецелесообразно, такой предмет не признается вещественным доказательством, даже если фактически он выполняет в доказывании такую же роль (например, дерево в лесу, с которым столкнулся автомобиль). Фиксация подобных предметов производится другими способами — путем описания их в протоколе осмотра места происшествия и фотографирования. Не признаются вещественными доказательствами и трупы людей.

Деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате совершения преступления, и доходы от этого имущества, обнаруженные при производстве следственных действий, подлежат аресту (ст. 115).

При вынесении приговора, а также определения или постановления о прекращении уголовного дела подлежат конфискации, или передаются в соответствующие учреждения, или уничтожаются орудия преступления, принадлежащие обвиняемому.

Использованные в качестве орудия преступления предметы, законными владельцами которых являются другие лица, должны быть возвращены этим лицам. Сложившаяся судебная практика исходит из того, что не подлежит конфискации автомобиль — орудие преступления, которым обвиняемый пользовался по доверенности. Он передается собственнику или титульному владельцу. Не признаются орудием преступления и не могут быть конфискованы транспортные средства, если они использовались не как средства умышленного преступления против личности или совершения хищения, а при нарушении правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств.

Деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате совершения преступления, и доходы от этого имущества подлежат возвращению законному владельцу.

Деньги, ценности и иное имущество могут подлежать по приговору суда такой мере уголовно-правового характера, как *конфискация*, т.е. принудительному безвозмездному обращению по решению суда в собственность государства (п. 4¹ ч. 3 ст. 81 УПК). Уголовным законом (п. «а»—«в» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ) предусматривается конфискация следующего имущества:

а) денег, ценностей и иного имущества, полученных в результате совершения преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 105, ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 126, ст. 127¹, 127², 146, 147, 164, ч. 3 и 4 ст. 184, ст. 186—189, ч. 3 и 4 ст. 204, ст. 205, 205¹, 205², 206, 208—210, 212, 222, 227, 228¹, 229, 231, 232, 234, 240—242, 242¹, 275—279, 281, 282¹, 282², 285, 290, 355, ч. 3 ст. 359 УК РФ, и любых доходов от этого имущества, за исключением имущества и доходов от него, подлежащих возвращению законному владельцу;

б) денег, ценностей и иного имущества, в которые имущество, полученное в результате совершения преступления, и доходы от этого имущества были частично или полностью превращены или преобразованы;

в) денег, ценностей и иного имущества, используемых или предназначенных для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации).

Вещественные доказательства, подпадающие под категорию предметов, запрещенных к обращению, подлежат передаче в соответствующие учреждения или уничтожаются. К их числу относятся предметы, изготовление, приобретение, хранение, сбыт и распространение которых полностью запрещены законом (порнографические издания, приспособления для некоторых видов азартных игр, поддельные денежные знаки, незаконно изготовленные наркотические вещества и т.д.). Их необходимо отличать от вещей с ограниченной оборотоспособностью, к которым принадлежат:

— вещи, *изъятые из гражданского оборота*, которые согласно закону не могут быть предметом гражданско-правовых сделок, но могут быть переданы по другим основаниям (например, архивные материалы);

— вещи, *ограниченные в обороте*, которые могут приобретаться в собственность лишь по особым разрешениям (оружие, сильнодействующие яды, радиоактивные вещества, наркотические средства и т.д.). На территории России определенные ограничения установлены также для оборота валютных ценностей — иностранной валюты, ценных бумаг в иностранной валюте, драгоценных металлов и природных драгоценных камней в любом виде и состоянии, за исключением ювелирных и других бытовых изделий, а также лома таких изделий.

Только предметы, полностью запрещенные к обращению, а также предметы, изъятые из гражданского оборота, могут быть безвозмездно изъяты у владельцев и переданы в соответствующие учреждения или уничтожены, так как не могут являться собственностью физических и юридических лиц. Вещи, ограниченные в обороте, могут быть собственностью указанных лиц. Следует иметь в виду, что ч. 3 ст. 35 Конституции РФ установлено не допускающее никаких исключений правило: «Никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда».

Когда вещественное доказательство представляет собой ограниченно оборотоспособную вещь, которая в силу закона не может принадлежать ее *собственнику*, если у него отсутствует особое разрешение на приобретение и владение ею (например, охотничье огнестрельное оружие, полученное по наследству), то в соответствии с гражданским законодательством оно подлежит *возмездному* отчуждению самим собственником или (при невыполнении им этой обязанности в течение года с момента возникновения права собственности) принудительно, по решению суда в порядке, установленном ст. 238 ГК РФ. До решения вопроса о наследовании имущества и получения лицензии на приобретение оружия оно подлежит изъятию для ответственного хранения органами внутренних дел.

Документы, являющиеся вещественными доказательствами, остаются при уголовном деле в течение всего срока хранения последнего либо передаются заинтересованным лицам по их ходатайству. Все прочие предметы передаются законным владельцам, а при неустановлении законных владельцев переходят по приговору суда в собственность государства. До постановления приговора может возникнуть спор между заинтересованными лицами о принадлежности вещественных доказательств — в этом случае он разрешается не приговором, а в порядке гражданского судопроизводства.

Предметы, изъятые в ходе досудебного производства, но не признанные вещественными доказательствами, подлежат возврату лицам, у которых они были изъяты. Это правило служит важной гарантией против произвольного удержания органами предварительного расследования предметов, не имеющих отношения к уголовному делу, но необходимых их законным владельцам. Однако оно не распространяется на предметы, полностью запрещенные к обращению либо ограниченно оборотоспособные, если собственники последних не имеют необходимого разрешения на их приобретение.

6. Протоколы следственных действий и судебного заседания

Протоколы следственных действий и протоколы судебных заседаний являются доказательствами по уголовному делу. Отличительными признаками этого вида доказательств являются:

- фиксация в них результатов следственных действий, производимых как в досудебных, так и в судебных стадиях уголовного процесса;
- удостоверение ими непосредственного восприятия фактических обстоятельств дознавателем, следователем, прокурором, судом и другими участниками следственного действия;
- составление их в письменной форме в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона.

Не являются доказательствами протоколы процессуальных действий, не относящиеся к категории следственных, т.е. не направленных на собирание и проверку доказательств, — например, протокол об ознакомлении подозреваемого, обвиняемого, защитника с постановлением о назначении судебной экспертизы и разъяснении им прав (ч. 3 ст. 195), протокол ознакомления со всеми материалами уголовного дела при окончании предварительного расследования (ст. 218, ч. 2 ст. 225), а также протоколы судебных действий в той их части, которая фиксирует ход и результаты иных производимых в суде процессуальных действий, помимо следственных. В УПК РСФСР (ст. 87) к протоколам, являющимся доказательствами, не были отнесены протоколы допросов свидетелей, потерпевших, обвиняемых, подозреваемых, которые рассматривались лишь как средства фиксации показаний. В новом Кодексе такого ограничения не содержится, и протоколы допросов могут быть использованы в качестве доказательств на всех стадиях уголовного процесса (с ограничениями, установленными ст. 276, 281 УПК РФ).

Спорным является вопрос о доказательственном значении протоколов получения образцов для сравнительного исследования (ст. 202). Они могут составляться с соблюдением требований к протоколам следственных действий (ст. 166, 167), однако сами образцы имеют доказательственное значение только в рамках сравнительного экспертного исследования, т.е. через заключение эксперта. Не относятся к данному виду доказательств и различного рода протоколы и акты, составленные вне уголовного процесса (например, в ходе административной деятельности). Такие материалы могут считаться иными документами в смысле ст. 84 УПК.

Проведение следственных действий может сопровождаться изготовлением планов, схем, слепков, оттисков следов, рисунков, фотографированием, проведением звуко- и видеозаписи и т.п. Такие материалы являются приложением к протоколу соответствующего следственного действия и не имеют без него доказательственного значения. Подобные приложения следует отличать от материалов фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи, обладающих признаками вещественных доказательств, или иных документов.

7. Иные документы

Иные документы являются самостоятельным средством доказывания (ст. 84 УПК). Кроме них форму документов могут иметь также протоколы следственных и судебных действий, заключения экспертов и некоторые вещественные доказательства. Документы, о которых идет речь в ст. 84, имеют ряд специфических особенностей, позволяющих отграничивать их от других документальных средств доказывания:

- иные документы фиксируют фактические обстоятельства, ставшие известными не в результате следственных действий, а за их пределами;

- они могут иметь не только письменную, но и любую другую форму (аудио- и видеозапись, запись на носителях компьютерной информации и т.п.), предназначенную для сохранения и передачи информации. Важно, чтобы такие документы содержали сведения о лицах, от которых они исходят, с удостоверением последними изложенных в документе данных;

- иные документы составляются и удостоверяются не органами, ведущими уголовный процесс, а иными лицами (должностными лицами, гражданами), которые могут

и не быть участниками судопроизводства. Следователь, дознаватель, прокурор и суд не могут быть источниками *иных документов*, поскольку должны фиксировать ставшие им известными сведения по делу в форме протоколов следственных и судебных действий, где отражаются данные, воспринятые ими непосредственно в ходе названных действий. Поэтому не имеют значения доказательств такие документы, как, например, справки следователя о результатах его телефонных переговоров или личных бесед по обстоятельствам дела, о прослушивании им информации по радио или телевидению и т.п.;

— сведения, изложенные в *иных документах*, всегда имеют определенное целевое назначение, а именно направлены на доведение до сведения официальных органов обстоятельств, имеющих значение для производства по уголовному делу. Если цель изложения лицом в документе сведений была иной (например, организовать совершение преступления, скрыть его следы, сообщить о нем своим знакомым), то такой документ должен расцениваться как вещественное доказательство. Обстоятельства, сопровождающие составление *иных документов* (время, место их изготовления, обстоятельства получения следователем и т.д.), не обладают значением доказательственных фактов, как это имеет место в случае вещественных доказательств. Поэтому *иные документы*, как правило, заменимы, т.е. без ущерба для их доказательственной силы могут быть замещены другими документами того же содержания (дубликатами), исходящими из того же источника. В противном случае документ приобретает значение вещественного доказательства.

К числу *иных документов* относятся: документы официальные (исходящие от государственных органов, должностных и юридических лиц) и неофициальные (исходящие от лиц физических); документы письменные и документы на кино-, фото- и электронных носителях; документы, составленные вне рамок процессуальных отношений, и документы, фиксирующие процессуальные действия (заявление или сообщение о совершении преступления, письменная явка с повинной).

Иные документы собирают путем их истребования или представления. Они не могут быть получены в результате следственных действий по данному уголовному делу. Если же при проведении следственного действия были обнаружены и изъяты какие-либо документы, то они приобретают значение вещественных доказательств (например, изъятая при осмотре места происшествия предсмертная записка, хотя бы она и была адресована правоохранительным органам).

Документы, приобщенные к уголовному делу или представленные в судебном заседании, могут быть оглашены полностью или частично, если в них изложены или удостоверены обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела. *Иные документы* оглашаются стороной, которая ходатайствовала об их оглашении, либо судом (ст. 285). Оглашение документов производится на основании определения или постановления суда. Если документ не был оглашен, а значит, и исследован в судебном заседании, он не может быть положен в основание приговора или иного судебного решения (ст. 240). Вместе с тем в силу принципа непосредственности исследования доказательств неофициальные, т.е. исходящие от физических лиц, документы не могут заменить их показаний, полученных от первоисточника. Что же касается официальных документов, то здесь необходимо отметить следующее. Если они содержат информацию, получение, обработка и предоставление которой целиком охватываются компетенцией соответствующего органа или организации, то первоисточником пред-

ставленных в документе сведений должен считаться этот орган или организация, поэтому и получение в суде показаний автора документа необязательно. Когда же сведения, изложенные в официальном документе, выходят за пределы специальной компетенции соответствующего органа или организации, автор документа (физическое лицо), как правило, должен быть допрошен в качестве свидетеля. Например, содержание рапорта сотрудника милиции, в котором он сообщает не только о времени, месте и основаниях задержания подозреваемого, но и о конкретных особенностях его поведения до и после задержания, обстановке места происшествия, описывает характер следов преступления и т.д., лишь частично охватывается компетенцией органа дознания, полномочного проводить задержание, но не могущего непосредственно воспринимать сопутствующие этому конкретные обстоятельства. Поэтому такого сотрудника милиции следует допросить по этим обстоятельствам в качестве свидетеля.

§ 5. СТРУКТУРА ПРОЦЕССА ДОКАЗЫВАНИЯ: ЕГО УРОВНИ И ЭЛЕМЕНТЫ

Доказывание имеет сложную внутреннюю структуру, которую можно представить в виде трех уровней: *информационного, логического*¹ и *юридического*. На информационном уровне доказывание состоит в собирании, проверке и оценке отдельных доказательств. Именно так определяет доказывание ч. 1 ст. 86 УПК. При информационном исследовании имеет место непосредственный контакт субъекта доказывания с источниками доказательственной информации. В результате информационного доказывания формируется совокупность доказательств по делу. Логическое доказывание есть *обоснование* выводов об искомых фактах посредством оценки *совокупности* собранных доказательств. Прежде всего, логическое доказывание имеется в виду, например, в ч. 1 ст. 14: «Обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет *доказана* (курсив мой. — А.С.) в предусмотренном настоящим Кодексом порядке». На логическом уровне субъект доказывания оперирует фактами безотносительно к источникам, из которых они установлены, и способу их установления. Логическое доказывание находит внешнее выражение в мотивировке процессуальных актов (обвинительного заключения, обвинительного акта, приговора и т.д.), ходатайствах сторон и их выступлениях в судебных прениях. Юридический уровень доказывания выражается в применении субъектом доказывания презумпций и преюдиций с учетом отрицательных результатов информационного и логического доказывания. Так, например, в силу презумпции невиновности недоказанная виновность считается равнозначной *доказанной* невиновности, т.е. презумпция используется для доказывания невиновности.

Наряду с уровнями доказывания в процессуальной литературе обычно принято выделять *элементы процесса доказывания*, т.е. его составные части — *собрание*,

¹ См.: *Эйман А.А.* Некоторые вопросы оценки как количественной характеристики достоверности доказательств // Вопросы кибернетики и право. М., 1967; *Колдин В.Я.* Уровни уголовно-процессуального доказывания // Сов. государство и право. 1974. № 11. С. 86—91; *Карнеева Л.* Развитие основных понятий теории доказательств в советском уголовном процессе // Соц. законность. 1978. № 2. С. 29.

проверку и оценку доказательств¹. Если уровни доказывания — это как бы его «горизонтальный срез», то элементы процесса доказывания можно сравнить с «вертикальным срезом». Они пронизывают информационный, логический и юридический уровни и состоят из конкретных практических и мыслительных актов, направленных на достижение одной общей цели — установление и обоснование доказываемых обстоятельств. При этом собирание доказательств целиком сосредоточено на информационном уровне, проверка — как на информационном, так и на логическом, оценка же присутствует на всех трех уровнях, в том числе на юридическом (в случае применения презумпций и преюдиций).

Собирание доказательств — элемент процесса доказывания, включающий обнаружение, получение и фиксацию (закрепление) доказательств. *Обнаружение* доказательств представляет собой *поиск* доказательств, осуществляемый в ходе следственных действий (например, обыска, осмотра места происшествия). Вместе с тем имеющая значение для уголовного дела информация может быть обнаружена не только в ходе следственных, но и других действий, в том числе непроцессуальных (оперативно-розыскных и розыскных мероприятий), однако в этих случаях обнаружение не является частью процесса доказывания, а предшествует ему, имея ориентирующее значение. Поскольку непроцессуальное обнаружение информации не обеспечено достаточными гарантиями ее достоверности, оно не имеет непосредственного доказательственного значения. Так, например, не может служить доказательством и заменить собой протокол осмотра рапорт сотрудника органа дознания, обнаружившего следы преступления в ходе оперативно-розыскного обследования помещения; не является доказательством справка, составленная следователем, о результатах беседы с очевидцами преступления — доказательственное значение имеет только протокол допроса этих лиц в качестве свидетелей и т.д.

Получение доказательств есть переход доказательственной информации от ее источника к субъекту доказывания. Оно может состоять в *изъятии* обнаруженных предметов в процессе осмотра, обыска, выемки. Однако изъятие, всегда предполагающее возможность принудительного осуществления, не является непременным атрибутом получения доказательств. Некоторые доказательственные сведения по самой своей природе не должны изыматься, а переходят к субъекту доказывания лишь по воле источника доказательств (дача показаний свидетелем, представление заключения экспертом и т.д.). По этой причине недопустимо, например, получение показаний под воздействием гипноза, хотя в качестве ориентирующей информации такие сведения могут быть использованы.

Фиксация доказательств состоит в закреплении и оформлении доказательственной информации посредством занесения ее в протокол следственного действия, а в определенных случаях — также путем предъявления обнаруженных предметов понятым, фотографирования или звуко- и видеозаписи, упаковки и опечатывания вещественных доказательств. В фиксации доказательств реализуется удостоверительная сторона доказывания.

Закон предусматривает определенные *способы собирания доказательств*. Это система познавательных приемов и операций, предусмотренных законом для обнаружения, изъятия и фиксации доказательственных сведений определенного вида. К их

¹ См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 298.

числу относятся следственные и иные процессуальные действия; истребование и представление доказательств; получение защитником предметов, документов и иных сведений, опрос лиц с их согласия (ст. 86).

Следственные действия представляют собой такие процессуальные действия, которые: а) производятся следователем, дознавателем, органом дознания и судом, б) направлены на собирание и проверку доказательств, в) обеспечены возможностью применения мер принуждения и г) подробно регламентированы законом. Уголовно-процессуальный закон предусматривает такие следственные действия: осмотр, освидетельствование, следственный эксперимент, обыск, выемка, наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка, контроль и запись телефонных и иных переговоров, допрос обвиняемого, подозреваемого, потерпевшего, свидетеля, эксперта, специалиста, очная ставка, предъявление для опознания, проверка показаний на месте, судебная экспертиза. Следственные действия проводятся не только на предварительном расследовании, но и в судебных стадиях. Суд вправе допросить подсудимого, потерпевшего, свидетелей, эксперта, назначить судебную экспертизу, осмотреть вещественные доказательства, местность и помещения, провести следственный эксперимент, опознание, освидетельствование.

Истребование доказательств может осуществляться в форме направления прокурором, следователем, дознавателем, органом дознания *требований, поручений и запросов*, которые обязательны для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами (ч. 4 ст. 21). О поручениях следователя и прокурора говорится в ч. 2 ст. 144, ч. 1 ст. 152, ч. 4 ст. 157, ч. 2 ст. 188. В отличие от следственных действий эти способы не вполне обеспечены возможностью принудительного исполнения. Денежное взыскание, которое может быть наложено за неисполнение процессуальных обязанностей, предусмотрено только для участников уголовного судопроизводства (ст. 117) и не распространяется на других лиц, которые не исполняют названные требования, поручения и запросы. Хотя суд не назван в ст. 21 в числе тех, кто может направлять запросы, требования и поручения, такое его право предусмотрено в других статьях УПК. Так, например, согласно ч. 7 ст. 115 руководители банков и иных кредитных организаций при наложении ареста на принадлежащие подозреваемому, обвиняемому денежные средства и иные ценности, находящиеся на счете, во вкладе или на хранении в банках и иных кредитных организациях, обязаны предоставить информацию об этих денежных средствах и иных ценностях по запросу суда.

Субъектом собирания доказательств является и защитник. Способы собирания им доказательств служат: а) получение предметов, документов и иных сведений; б) опрос лиц (в том числе специалистов) с их согласия; в) истребование документов от органов государственной власти, органы местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставить запрашиваемые документы или их копии (ч. 3 ст. 86). Представляется, что закон не случайно говорит о собирании защитником не предметов и документов, которые могут стать доказательствами лишь после удовлетворения ходатайства об их приобщении к делу, а именно *доказательств*. В соответствии с принципом равенства сторон сведения, собранные защитником, сразу являются доказательствами, так же как и сведения, собираемые его процессуальными противниками, — следователем, органом дознания, дознавателем, прокурором и судом. Вместе с тем по смыслу ч. 2 ст. 159 в ходе предварительно-

го расследования следователь и дознаватель фактически имеют возможность отказать в удовлетворении соответствующего ходатайства защитника, если сочтут, что обстоятельства, об установлении которых ходатайствует защитник, не имеют значение для данного уголовного дела. Однако по окончании предварительного расследования и ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела следователь обязан выяснить, какие свидетели, эксперты, специалисты подлежат вызову в судебное заседание для допроса и подтверждения позиции стороны защиты (ч. 4 ст. 217). В обвинительном заключении указывается перечень *доказательств*, на которые ссылается сторона защиты (п. 6 ч. 1 ст. 220). Кроме того, к обвинительному заключению прилагается список подлежащих вызову в судебное заседание лиц со стороны защиты с указанием их места жительства или места нахождения (ч. 4 ст. 220). Суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон (ч. 4 ст. 271). Таким образом, защитник имеет практическую возможность добиться допроса ранее опрошенных им лиц в судебном разбирательстве, даже если следователь и дознаватель отказали ему в этом на предварительном расследовании. Письменные объяснения, полученные в результате опроса, также могут быть представлены следователю, дознавателю и в суд в качестве иных документов (ст. 84). Это, конечно, не исключает в дальнейшем допрос этих лиц как свидетелей. Что касается других доказательств (предметов и документов), полученных защитником и представленных им для рассмотрения в судебном разбирательстве, то по смыслу закона они также должны быть приобщены следователем к материалам дела и направлены в суд вместе с доказательствами обвинения. Рассмотрим способы собирания защитником доказательств подробнее.

Получение предметов, документов и иных сведений как способ собирания доказательств защитником может осуществляться любыми способами, не запрещенными законом, в частности, путем: добровольной передачи ему предметов и документов подзащитным и другими гражданами как по просьбе защитника, так и по их собственной инициативе; передачи заключений специалистов, а также материалов, добытых с помощью лиц, занимающихся частной детективной (сыскной) деятельностью в соответствии с Законом РФ от 11.03.92 г. «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации». Последние вправе осуществлять сбор сведений по уголовным делам на договорной основе с участниками процесса путем: устного опроса граждан и должностных лиц (с их согласия), наведения справок, изучения предметов и документов (с письменного согласия их владельцев), внешний осмотр строений, помещений и других объектов, наблюдение для получения необходимой информации в целях оказания вышеперечисленных услуг.

Опрос лиц с их согласия представляет собой получение защитником письменных объяснений, которые могут быть представлены следователю, дознавателю и в суд в качестве иных документов (ст. 84 УПК).

Истребование защитником документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций порождает обязанность указанных органов и организаций в соответствии с порядком, установленным законодательством, предоставить ему запрашиваемые документы и их копии. При этом адвокатам, участвующим в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по делам, связанным со сведениями, составляющими государственную

тайну, могут быть предоставлены сведения, составляющие государственную тайну, без проведения в отношении них каких-либо проверочных мероприятий (ст. 21 Закона РФ от 21.06.93 г. «О государственной тайне»). Они предупреждаются о неразглашении государственной тайны, ставшей им известной в связи с исполнением ими своих полномочий, и о привлечении их к ответственности в случае ее разглашения, о чем у них отбирается подписка. Однако согласно ст. 11 Федерального закона от 20.02.95 г. «Об информации, информатизации и защите информации» не допускаются сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни, а равно информации, нарушающей личную тайну, семейную тайну, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений физического лица без его согласия, кроме как на основании судебного решения. Поэтому предоставление адвокатам по их запросам документов, содержащих названные сведения, возможно только при условии дачи на это согласия лица, которого касаются эти сведения.

Фиксация сведений, полученных защитником, а также обстоятельств обнаружения или получения им предметов и документов может производиться в письменной форме (например, письменное оформление результатов опроса в виде объяснений), путем видео- и звукозаписи, привлечения свидетелей и специалистов.

Получаемые защитником предметы и документы, иные сведения должны отвечать требованиям допустимости доказательств. Так, должен быть известен, зафиксирован и проверяем их первоисточник; они должны быть получены только тем защитником, который допущен к участию в данном уголовном деле; лица, у которых получены сообщения в порядке опроса, должны быть информированы о том, что эти данные необходимы для оказания юридической помощи и представления в качестве судебных доказательств. Опрос лиц производится только с их согласия. Адвокат не вправе опрашивать уже допрошенных дознавателем, органом дознания, следователем или судом лиц с целью склонить их к отказу от показаний или их изменению. Защитник не может производить или использовать результаты негласных действий, которые можно квалифицировать как оперативно-розыскные, поскольку право на проведение оперативно-розыскной деятельности в силу ст. 13 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» принадлежит только подразделениям определенных государственных органов.

Подозреваемый, обвиняемый, а также потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители не могут собирать непосредственно *доказательства*. Они вправе собирать и *представлять* письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств (ч. 2 ст. 86 УПК). Таким образом, эти участники судопроизводства собирают не доказательства, а только предметы и документы, которые могут быть лишь представлены ими дознавателю, органу дознания, следователю, суду, которые и решают вопрос о возможности приобщения их к материалам уголовного дела в качестве доказательств.

Проверка доказательств, так же как и их собирание, является необходимым элементом процесса доказывания. Способами проверки доказательств, как следует из содержания ст. 87, признаются: а) сопоставление проверяемых доказательств с другими доказательствами, б) установление источников доказательств, в) получение иных доказательств, подтверждающих или опровергающих проверяемое доказательство. По смыслу данной нормы целью проверки доказательств является подтверждение или опровержение проверяемого доказательства. Следует иметь в виду, что достижение

этой цели невозможно также без помощи *оценки* доказательств, т.е. мыслительной логической деятельности, которая рассматривается как отдельный элемент процесса доказывания (ст. 88). Поэтому проверку доказательств необходимо отличать от их оценки, хотя они сопутствуют друг другу и могут осуществляться практически одновременно. Так, сопоставление доказательств может, на наш взгляд, осуществляться как средствами проверки, так и оценки. Если речь идет о физическом сопоставлении предметов (например, при их осмотре, в ходе экспертного исследования следов, образцов почерка), имеет место проверка доказательств. Когда же сопоставление сведений имеет мысленный характер, следует говорить об оценке. Мысленное сопоставление может иметь место как при физическом сопоставлении предметов (как отражение этого процесса в сознании субъекта доказывания), так и вне его (в ходе оперирования мысленными образами предметов, логического анализа показаний и т.д.) Непосредственная задача собственно проверки доказательств состоит в том, чтобы обеспечить условия для их оценки в *совокупности*. При этом совокупность доказательств может пониматься не только как их общая совокупность, позволяющая проверить все доказательства, собранные по данному делу, но и как совокупность доказательств в пределах их локальных *проверочных комплексов*, создающая условия для проверки отдельных доказательств. Например, показания свидетеля о том, что он слышал голоса людей, которые кричали друг на друга, могут быть проверены совокупностью доказательств, подтверждающих, что с того места, где находился свидетель, действительно можно было слышать голоса людей, разговаривающих на повышенных тонах; что данный свидетель обладает нормальным слухом; что он не заинтересован в исходе данного дела. Комплекс названных доказательств позволяет прийти к достаточно обоснованному выводу, что показания свидетеля о том, что он слышал, соответствуют действительности и им можно доверять. Таким образом, задачей проверки доказательств является формирование совокупности доказательств, достаточной для вывода об их достоверности.

В статье 87 говорится, в частности, о проверке доказательств путем «*установления*» их источников. Однако если источник сведений неизвестен, сведения не признаются доказательствами. Так, не могут быть допущены в качестве доказательств показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать *источник* своей осведомленности (п. 2 ч. 2 ст. 75). Поэтому названное положение следует понимать в том смысле, что при неизвестности или неопределенности источника полученных сведений или их происхождения необходимо восполнять этот недостаток путем собирания дополнительных доказательств.

В ряде случаев закон предполагает или прямо устанавливает определенную последовательность действий по проверке доказательств. К числу таких случаев относится проверка:

- производных доказательств путем получения доказательств первоначальных, если последние достижимы;
- ранее полученных показаний нескольких лиц, в которых имеются существенные противоречия, путем проведения между ними очной ставки (ст. 192);
- показаний свидетеля, потерпевшего, подозреваемого и обвиняемого об опознании ими данного лица или предмета с помощью их предварительного допроса об обстоятельствах, при которых они наблюдали это лицо или предмет, а также о приметах и особенностях, по которым они могут его опознать (ст. 193);

— имеющих в деле доказательств, указывающих на причины смерти или вред, причиненный здоровью; вызывающих сомнение относительно вменяемости или способности подозреваемого, обвиняемого самостоятельно защищать свои права и законные интересы в уголовном судопроизводстве и другие обстоятельства, указанные в ст. 196, — путем обязательного проведения судебной экспертизы;

— заключения эксперта в случаях его недостаточной ясности или полноты путем проведения дополнительной экспертизы (ч. 1 ст. 207);

— заключения эксперта в случаях возникновения сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличия противоречий в выводах эксперта или экспертов по тем же вопросам путем проведения повторной экспертизы (ч. 2 ст. 207).

Неприменение указанных процедур влечет за собой признание полученного доказательства недопустимым либо оставляет неустранимые сомнения в их достоверности. Например, не имеют доказательственного значения результаты опознания, если не был проведен предварительный допрос опознающего о приметах и признаках, по которым он собирается опознавать объект.

Оценка доказательств — элемент процесса доказывания, состоящий в мыслительной (логической) деятельности по определению относимости, допустимости и достаточности доказательств для принятия того или иного процессуального решения. Оценка сопровождает весь процесс собирания и проверки доказательств — в этом случае говорят о *текущей оценке* доказательств. Однако оценка приобретает характер самостоятельного этапа доказывания, когда на основании совокупности собранных доказательств она служит определению наличия или отсутствия оснований для принятия процессуальных решений. Это *итоговая оценка* доказательств.

Оценка доказательств имеет процессуальную форму, которая имеет либо обобщенный вид изложения в процессуальных решениях сделанных на ее основе выводов, либо, в установленных законом случаях, — самого процесса обоснования этих выводов, тогда оценка приобретает вид *мотивировки* процессуального решения. Закон предъявляет к мотивировке процессуальных решений требования *полноты* и *непротиворечивости*. Полнота заключается в том, что из обоснования выводов о наличии или отсутствии обстоятельств дела не должно исключаться ни одно из собранных по делу доказательств. В случае признания тех или иных доказательств недоброкачественными следователь, дознаватель, прокурор и суд обязаны указать в своем итоговом решении (обвинительном заключении или акте, решении о прекращении дела или уголовного преследования, приговоре и т.д.), почему они принимают одни из доказательств и отвергают другие. Так, если в приговоре суда сказано, что суд доверяет показаниям потерпевшего и свидетеля обвинения и считает их правдивыми, он должен указать, по каким именно основаниям суд принял эти показания и отверг противоречащие им показания подсудимого. При этом недостаточно мотивированной является лишь ссылка на то, что, отрицая вину, подсудимый пытается уйти от ответственности, поскольку это не может заменить содержательной оценки доказательств. Обстоятельства, признанные установленными на основе доказательств и указанные в одном и том же процессуальном акте, не должны также противоречить друг другу или исключать друг друга. Такой дефект будет иметь место, если, например, в резолютивной части приговора суда лицу, обвиняемому в разбойном нападении, вменяется применение насилия опасного для жизни и здоровья, хотя в описательной части приговора суд соглашается с заключением судебно-медицинского эксперта, что

потерпевшему был причинен лишь легкий вред здоровью, и не приводит доказательств о том, что потерпевший каким-либо иным образом был поставлен обвиняемым в опасное для жизни состояние.

Мотивировка принимаемых решений, заявленных ходатайств, позиций сторон, излагаемых в судебных прениях, выступает как *доказывание-обоснование*.

Оценка доказательств имеет свое содержание, или направления, под которыми следует понимать *относимость*, *допустимость*, *достоверность* и *достаточность доказательств*.

Относимость и допустимость доказательств были рассмотрены в § 3 настоящей главы.

Достоверность доказательств — это представление об истинности заключаемых в них сведений. Критерием истины может служить только опыт, практика. Поэтому достоверным знанием об обстоятельствах дела может считаться только такой вывод, в отношении которого не возникает, пользуясь удачным выражением англосаксонской процессуальной доктрины, *разумных сомнений*, другими словами, отсутствуют исключения из общественного практического опыта, и в первую очередь из опыта, сосредоточенного в совокупности собранных по делу доказательств¹. Достоверность, основанная на доказательствах, есть *доказанность* обстоятельств дела.

Достаточность доказательств определяется в ч. 1 ст. 88 как достаточность всей собранной по делу совокупности доказательств для разрешения уголовного дела. Однако достаточность доказательств не всегда равнозначна доказанности (достоверности установления) события преступления, виновности лица в его совершении и других обстоятельств, подлежащих установлению по уголовному делу. Так, достаточными для прекращения уголовного дела могут быть такие доказательства, которые оставляют *сомнения* в наличии события преступления или виновности лица в его совершении. Достаточность доказательств определяется в случае вынесения не только итоговых решений по делу, но и ряда промежуточных актов. Например, для принятия постановления о возбуждении уголовного дела может быть достаточно уже такой совокупности доказательств, которая указывает на реальную вероятность события преступления. Понятие достаточности доказательств совпадает с понятием пределов доказывания (см. § 2 настоящей главы).

Наряду с содержанием (направлениями) оценки доказательств закон устанавливает *принцип свободной оценки доказательств*, или *оценки доказательств по внутреннему убеждению*. Согласно ч. 1 ст. 17 судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью. *Внутреннее убеждение* есть полная уверенность субъекта оценки доказательств относительно достоверности полученных выводов. Однако эта уверенность должна основываться не на отвлеченном мнении, а на оценке каждого из доказательств и всей их *совокупности* в целом. Указание о том, что доказательства оцениваются в совокупности, не равнозначно тому, что значение имеет лишь общее впечатление, которое произвели исследованные доказа-

¹ В английском процессе в качестве критерия доказанности обвинения используется выражение «вне разумного сомнения» (*beyond a reasonable doubt*). По сути, это требование достоверности, а не вероятности знания, как иногда полагают (см., например: *Строгович М.С.* Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. С. 44).

тельства на судью, присяжного заседателя и др. Оценить доказательства в совокупности — значит не упустить ни одного из них. В описательно-мотивировочной части приговора суд в силу данного принципа обязан дать оценку всем исследованным им доказательствам и указать, почему он принимает за основу своего решения одни из доказательств и почему отвергает другие (п. 2 ст. 307). Данный принцип предполагает запрет суду, присяжным заседателям, следователю, дознавателю, прокурору принимать во внимание при оценке доказательств какие-либо посторонние мнения лиц, не участвующих в процессе, а равно не основанные на доказательствах утверждения сторон и иных участников судопроизводства. Кроме того, этот принцип направлен на обеспечение самостоятельности суда по отношению к законодателю, не имеющему права принимать законы, в которых различным видам доказательств придавалась бы разная, заранее установленная сила. В ч. 2 ст. 17 по этому поводу сказано: «Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы». То есть названный принцип запрещает формальную (легальную) систему доказательств в уголовном процессе, в соответствии с которой каждому виду доказательств закон придавал бы определенную и неравную силу.

Руководствоваться при оценке доказательств законом — значит учитывать нормы уголовно-процессуального права относительно *допустимости* доказательств. Часть 1 ст. 17 УПК требует также руководствоваться при оценке доказательств не только законом, но и *совестью*. В УПК РСФСР (ст. 71) говорилось о необходимости в подобных случаях руководствоваться *правосознанием*, т.е. знаниями субъекта о праве и его отношением к нему. Очевидно, требование нового УПК руководствоваться при оценке доказательств совестью учитывает особенности оценки доказательств присяжными заседателями, которые, как правило, не сведущи в законах, а потому могут испытывать затруднения при необходимости оценивать доказательства по правосознанию. Вместе с тем, на наш взгляд, формулировка УПК РСФСР была более удачной, ибо, по сути, являлась основанием для применения в уголовном процессе аналогии закона и аналогии права в тех ситуациях, когда необходимо было с помощью правосознания восполнить пробел в законе. Сделать же это с помощью такой сугубо нравственной категории, как совесть, затруднительно, так как это чревато отступлениями не только от закона, но и от общих правовых принципов в пользу разнообразных этических представлений.

§ 6. ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В ДОКАЗЫВАНИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Оперативно-розыскные мероприятия (деятельность) — это вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно уполномоченными на то законом оперативными подразделениями соответствующих государственных органов. Исчерпывающий перечень оперативно-розыскных мероприятий установлен в ст. 6 Федерального закона от 05.07.95 г. «Об оперативно-розыскной деятельности». Согласно ст. 89 УПК результаты оперативно-розыскной деятельности *запрещены* для использования в процессе доказывания, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам уголовно-процессуальным законом. Однако в ч. 2 ст. 11 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» содержится формально противоположная норма, согласно которой результаты оперативно-розыскной

деятельности *могут использоваться* в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. Однако следует иметь в виду, что сами данные, полученные оперативно-розыскным путем, не всегда могут быть в дальнейшем «вторично» собраны в процессуальном порядке и обычно являются лишь основой для формирования других сведений, могущих быть доказательствами по уголовному делу. Исключение может быть сделано, во-первых, для *предметов*, которые при определенных условиях способны стать вещественными доказательствами после их собирания и проверки в уголовно-процессуальном порядке, и, во-вторых, для некоторых документов, полученных в результате отдельных оперативно-розыскных мероприятий.

К числу оперативно-розыскных мероприятий относятся: опрос, наведение справок, сбор образцов для сравнительного исследования, проверочная закупка, исследование предметов и документов, наблюдение, отождествление личности, обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, оперативное внедрение, контролируемая поставка, оперативный эксперимент. Рассмотрим некоторые варианты получения доказательств при получении относящихся к уголовному делу сведений в результате указанных мероприятий.

Если такие сведения были получены посредством *негласного опроса* лиц, оказывающих на конфиденциальной основе содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, либо непосредственного *наблюдения* обстоятельств, имеющих значение для дела, этими лицами или оперативными сотрудниками, они могут послужить основой для получения *показаний* свидетелей либо показаний подозреваемых или обвиняемых — участников преступных групп, согласившихся оказывать содействие оперативным органам. Однако подобный способ легализации оперативно-розыскных данных имеет ограниченные возможности, поскольку согласно ч. 1 ст. 12 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, составляют государственную тайну. Предание гласности сведений о названных лицах допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами. Представленные оперативными органами материалы (рапорты, письменные сообщения и т.п.), в которых информация, полученная от подобных лиц, в целях сохранения конспирации излагается без ссылки на первоисточник, не могут служить доказательствами, даже если подлинность сведений удостоверяет руководитель соответствующего оперативного подразделения. Результаты наблюдения могут фиксироваться в протоколе этого оперативно-розыскного мероприятия, если оно проводилось непосредственно сотрудниками оперативного органа. Такой документ не является процессуальным протоколом в смысле ст. 83 УПК и может быть в определенном порядке введен в уголовное судопроизводство в качестве *иного документа* (ст. 84 УПК). При этом он должен быть удостоверен сотрудниками, проводившими наблюдение, в нем указываются использованные при наблюдении технические средства, с описанием условий применения и технических характеристик последних.

Наведение справок, т.е. получение от органов государственной власти, органов местного самоуправления, организаций официальных документов (например, справок, содержащих сведения о судимости подозреваемого, об имевшемся у него оружии, о месте его проживания, состоянии здоровья), может привести к получению доказательств, подпадающих под определение *иных документов*.

Сбор образцов для сравнительного исследования как оперативно-розыскное мероприятие не следует смешивать с процессуальным действием, имеющим аналогичное наименование (ст. 202 УПК). Процессуальное получение образцов производится либо по постановлению следователя, либо (если оно является частью судебной экспертизы) экспертом. Образцы, собранные оперативно-розыскным путем, могут служить лишь для *оперативно-розыскного исследования предметов и документов* либо имеют ориентирующее значение для следователя, но сами доказательствами не являются.

Проверочная закупка проводится путем приобретения у объекта оперативно-розыскной деятельности предметов и веществ, подтверждающих факт правонарушения. Ее предметом могут быть вещи, как находящиеся в гражданском обороте, так ограниченные или изъятые из него (наркотики, оружие и т.п.). Данное действие проводится на основании оперативно-служебного постановления, утвержденного компетентным руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. В результате проверочной закупки получают предметы и вещества, которые могут стать вещественными доказательствами при условии их осмотра органом дознания или следователем и приобщении к материалам уголовного дела путем вынесения специального процессуального постановления (ч. 2 ст. 81 УПК). Кроме того, в процессе проверочной закупки может производиться негласная аудио- и видеозапись, которая после осмотра (сводящемуся к прослушиванию и отражению в протоколе осмотра ее содержания) приобщается к делу в качестве вещественного доказательства. Для введения таких предметов в процесс в качестве вещественных доказательств необходимо также зафиксировать происхождение соответствующих вещей и обстоятельства их обнаружения. Это может осуществляться посредством допроса лиц, обнаруживших эти вещи либо представивших их добровольно. Иногда на практике составляется документ, именуемый «актом (протоколом) добровольной выдачи». Следует, однако, иметь в виду, что уголовно-процессуальный закон не знает такого вида доказательства, которое чаще всего фактически является не *иным документом*, как может показаться на первый взгляд, а суррогатом протокола выемки, производимой к тому же до возбуждения уголовного дела, без вынесения соответствующего постановления, и потому незаконной. Все следственные действия по закреплению указанных предметов в качестве доказательств (освидетельствование, назначение экспертизы) должны проводиться только после возбуждения уголовного дела, за исключением неотложного осмотра места происшествия (ч. 2 ст. 176 УПК). Если уголовное дело на момент проведения проверочной закупки еще не возбуждено, производство выемки или обыска как завершающего этапа проверочной закупки неправомерно.

Сказанное справедливо и для введения в уголовный процесс в качестве доказательств предметов, полученных при проведении таких оперативно-розыскных мероприятий, как *оперативный эксперимент*, *оперативное внедрение* и *контролируемая поставка*.

Прослушивание телефонных переговоров имеет своей целью получение звукозаписи (фонограммы), которая в определенном порядке может быть представлена сле-

дователю и суду и признана *вещественным доказательством* по делу. Вместе с тем следует иметь в виду, что это вещественное доказательство особого рода — производное от устных переговоров, записанных на пленку. Поэтому в силу принципа непосредственности исследования доказательств и для проверки обстоятельств получения звукозаписи необходимо получить также показания хотя бы одного из лиц, участвовавших в телефонных переговорах, если этот источник достижим. Для проверки звукозаписи может быть проведена фоноскопическая (фонографическая) экспертиза.

Материалы, полученные в результате оперативно-розыскной звуко-, видеозаписи, фотосъемки и введенные в уголовный процесс, на наш взгляд, всегда являются *вещественными доказательствами*. В отличие от иных документов такие материалы *незаменимы*, поскольку не только несут в себе информацию о непосредственно записанном на пленке или изображенном на фотографии, но теснейшим образом связаны также с обстоятельствами их получения, которые имеют значение доказательственных фактов. Как и любое другое вещественное доказательство, эти материалы должны быть осмотрены (включая прослушивание и фиксацию их содержания в протоколе следственного действия), при необходимости проверены посредством судебной экспертизы и, в случае признания вещественными доказательствами, приобщены к делу особым постановлением.

Большое значение имеет вопрос, могут ли нарушения правового режима собирания оперативно-розыскных данных, установленные Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности», повлечь за собой недопустимость сформированных на их основе доказательств. В ст. 75 УПК недопустимость связывается лишь с нарушениями самого Кодекса, поэтому при буквальном толковании указанной статьи нарушения оперативно-розыскного закона в расчет как бы не принимаются. Однако такой подход противоречил бы ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, в которой недопустимость доказательств ставится в зависимость от нарушения при их получении любого федерального закона, в том числе, очевидно, и Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». Поэтому доказательства, полученные в результате оперативно-розыскных мероприятий, проведенных с существенными нарушениями названного Закона, должны признаваться недопустимыми. Иное создавало бы возможность, формально не нарушая уголовно-процессуальных норм, в обход их вовлекать в орбиту уголовного судопроизводства предметы и сведения, добытые в нарушение конституционных прав личности.

Условием допустимости полученных в результате оперативно-розыскных мероприятий доказательств является соблюдение в первую очередь следующих требований Закона «Об оперативно-розыскной деятельности»:

— в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий могут использоваться только такие технические и иные средства, которые не наносят ущерб жизни и здоровью людей и не причиняют вред окружающей среде (ч. 3 ст. 6);

— запрещается проведение оперативно-розыскных мероприятий и использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, не уполномоченными на то Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности» физическими и юридическими лицами (ч. 5 ст. 6);

— проведение оперативно-розыскных мероприятий, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища, допускается лишь на основании *судебного решения*. В случаях, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации, допускается проведение указанных оперативно-розыскных мероприятий на основании *мотивированного постановления* одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с обязательным уведомлением суда (судьи) в течение 24 часов. В течение 48 часов с момента начала проведения оперативно-розыскного мероприятия орган, его осуществляющий, обязан получить судебное решение о проведении такого оперативно-розыскного мероприятия либо прекратить его проведение (ч. 2 ст. 8);

— проверочная закупка или контролируемая поставка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а равно лиц, оказывающих им содействие, проводятся на основании *постановления*, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (ч. 5 ст. 8);

— проведение оперативного эксперимента допускается только в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия *тяжкого преступления*, а также в целях выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших (ч. 6 ст. 8);

— при проведении оперативно-розыскных мероприятий по основаниям, предусмотренным п. 1—4 и 6 ч. 2 ст. 7 Закона (в частности, в отношении лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление, если пока еще нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела), запрещается проводить: обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи (ч. 7 ст. 8);

— предание гласности сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих или оказывавших им содействие на конфиденциальной основе, допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами (ч. 2 ст. 12).

Представляется, что нарушение названных условий делает недопустимыми все полученные в результате оперативно-розыскных мероприятий доказательства. Например, вторжение сотрудников оперативного подразделения в жилище против воли проживающих в нем лиц без судебного разрешения или (в неотложных случаях) без последующего уведомления суда при проведении проверочной закупки или оперативного эксперимента с целью изъятия наркотиков, оружия и т.п. лишает доказательственной силы полученные таким путем вещественные доказательства, показания свидетелей-очевидцев подобного изъятия, сделанную при этом видеозапись, заключение эксперта и т.д.

Недопустимы провоцирующие действия сотрудников оперативных служб и лиц, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, подталкивающие лицо к совершению преступления (например, уговоры приобрести наркотик для лица, привлеченного сотрудниками милиции к участию в оперативном эксперименте, обещание «угостить» наркозависимое лицо приобретенным таким образом наркотиком; навязывание взятки должностному лицу и т.п.). Подобные действия игнорируют задачу предупреждения и пресечения преступлений (ст. 2 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности»), подменяя ее незаконным (а иногда даже уголовно противоправным) склонением к совершению преступления, поэтому полученные в результате такого рода акций данные не могут служить доказательствами по делу¹.

Согласно подзаконным нормативным правовым актам представление оперативными подразделениями результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, и означает передачу в установленном законодательством и ведомственными нормативными актами порядке конкретных оперативно-служебных документов, которые после определения их относимости и допустимости для уголовного судопроизводства могут быть приобщены к уголовному делу. Перечень руководителей (должностных лиц) органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, имеющих право выносить постановления о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд, соответствует перечню должностных лиц, имеющих право подписи постановлений и утверждения заданий на проведение оперативно-технических мероприятий. Перечень указанных лиц может дополняться ведомственными нормативными правовыми актами.

При подготовке материалов необходимо учитывать, что сведения об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках и о лицах, оказывающих (оказывавших) им содействие на конфиденциальной основе, а также об организации и тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий составляют государственную тайну.

Представление результатов оперативно-розыскной деятельности включает в себя:

- вынесение руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, постановления о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд;
- вынесение при необходимости постановления о рассекречивании отдельных оперативно-служебных документов, содержащих государственную тайну;
- оформление сопроводительных документов и фактическую передачу материалов (пересылка по почте, передача с нарочным и т.п.).

В каждом конкретном случае возможность представления результатов оперативно-розыскной деятельности, содержащих сведения об организации и тактике проведения оперативно-технических мероприятий, используемых технических средствах, штатных негласных сотрудниках оперативно-технических и оперативно-поисковых

¹ Аналогичную правовую позицию сформулировал Европейский Суд по правам человека (Дело Teixeira de Castro v. Portugal от 09.06.98 г.)

подразделений, должна в обязательном порядке согласовываться с исполнителями соответствующих мероприятий.

Результаты оперативно-розыскной деятельности могут представляться в виде обобщенного официального сообщения (справки-меморандума) или в виде подлинников соответствующих оперативно-служебных документов.

Представляемые материалы должна сопровождать информация о времени, месте и обстоятельствах изъятия в ходе оперативно-розыскной деятельности предметов и документов, получения видео- и аудиозаписей, кино- и фотоматериалов, копий и слепков, должно быть приведено описание индивидуальных признаков указанных предметов и документов. Допускается представление материалов в копиях, в том числе с переносом наиболее важных моментов (разговоров, сюжетов) на единый носитель, что обязательно оговаривается в сопроводительных документах (протоколах). Оригиналы материалов в этом случае хранятся в оперативном подразделении до завершения судебного разбирательства и вступления приговора в законную силу.

§ 7. ФОРМАЛЬНЫЕ СРЕДСТВА ДОКАЗЫВАНИЯ

Как отмечалось выше (см. § 5 настоящей главы), доказывание обстоятельств дела может осуществляться не только на информационном и логическом, но и на юридическом уровне. В последнем случае наличие или отсутствие определенных обстоятельств обосновывается не гносеологическими (познавательными), а формально-юридическими средствами доказывания. Оценка имеющихся по делу доказательств в этом случае приводит субъект доказывания не к выводу о фактическом существовании тех или иных обстоятельств дела, а к необходимости *считать доказанным* их наличие или отсутствие в силу велений процессуального права. К числу формальных средств доказывания относятся: 1) презумпции; 2) преюдиции; 3) формальные признания; 4) правила об исключении доказательств.

1. Презумпции

Презумпция — это условно признаваемое истинным предположение о наличии или отсутствии определенного факта. Сторона, в пользу которой презюмируется факт, освобождается от бремени его доказывания. Презумпции делят на *юридические* (правовые, легальные) и *фактические*; а также *опровержимые* и *неопровержимые*.

Иногда правовыми презумпциями считают те, которые закреплены нормами права, а фактическими — которые правом не закреплены¹. Но этот критерий слишком формальный. На наш взгляд, фактические презумпции, точно так же, как и юридические, могут содержаться в нормах права или, по крайней мере, выводиться из них с помощью юридического толкования. Главное отличие фактических презумпций от юридических состоит в ином — не в форме, а в содержании. Фактические презумпции основаны на фактических закономерностях, на том, что чаще встречается. Иногда для обоснования презумпции могут быть использованы статистические данные,

¹ См.: Петрухин И.Л. Презумпции и преюдиции в доказывании // Теория доказательств в советском уголовном процессе. § 4 гл. V. С. 344; Уолкер Р. Английская судебная система. С. 562—565.

в таком случае говорят о статистических фактических презумпциях. В основе других фактических презумпций лежит «несчитанная статистика» разнообразных судебных и следственных ситуаций. В качестве примера фактической презумпции приведем *презумпцию вменяемости*, в силу которой каждое лицо считается вменяемым, если не будет доказано противоположное. Специально вменяемость по каждому уголовному делу не доказывается, хотя принадлежит к числу необходимых признаков субъективной стороны состава преступления. Потребность в этом возникает лишь при появлении данных о неспособности лица понимать значение своих действий и руководить ими. Если такой информации нет, обвинитель фактически освобождается от бремени доказывания факта вменяемости, т.е. мы имеем дело с опровержимой презумпцией. Причем речь идет именно о фактической презумпции, так как большинство лиц, совершающих общественно опасные противоправные деяния, вменяемы. Помимо презумпции вменяемости, к числу фактических презумпций можно отнести используемую при доказывании умысла по делам о преступлениях с материальными составами презумпцию того, что *лицо ожидает естественных последствий своих действий*.

Так, например, Л., будучи в нетрезвом состоянии, нанес Ф. множественные удары руками и ногами, причинив телесные повреждения, от которых потерпевший на месте происшествия скончался.

Военный суд Московского военного округа не усмотрел в этих действиях Л. особой жестокости и исключил из обвинения признак особой жестокости, поскольку, по его мнению, сам по себе факт нанесения потерпевшему, находившемуся к тому же в сильной степени алкогольного опьянения, большого количества ударов по телу не может доказывать того, что Л. осознавал причинение Ф. особых мучений и страданий. Военная коллегия Верховного Суда РФ, рассмотрев дело по жалобе потерпевшей, не согласилась с такой юридической оценкой, отменила приговор, а дело направила на новое рассмотрение. По смыслу Закона, указывается в определении коллегии, понятие особой жестокости в значительной степени связывается со способом убийства, в том числе таким, когда потерпевшему в процессе лишения жизни наносилось большое количество телесных повреждений, характер которых может свидетельствовать об умышленном причинении ему особых страданий¹.

В данном случае фактически презюмируется, что лицо, которое наносит пострадавшему большое количество телесных повреждений, осознает естественные последствия своих действий, а именно причинение ему особых мучений и страданий.

Для формальных составов преступлений, которые не требуют наступления конкретных вредных последствий, действует фактическая презумпция *осознания лицом общественной опасности своих действий*.

Юридические презумпции основаны не на частоте повторяемости фактических связей, а на сугубо юридических соображениях. Такие презумпции могут быть материальными и процессуальными. Деление это условно, так как любая презумпция «пропускает» процессуальными последствиями — избавлением стороны от бремени доказывания, возложением его на других лиц. *Материальные юридические презумпции* полагают установленными или, наоборот, неустановленными факты, содержащие признаки состава преступления. Так, презюмируется осознание обвиняемым проти-

¹ См.: Определение Военной коллегии Верховного Суда РФ от 10.11.94 № 1-0112/94 // Военная юстиция. 1997. № 2.

воправного характера деяния (*презумпция знания закона*), что является необходимым признаком субъективной стороны любого состава преступления. Материальные юридические презумпции имеют иное основание, чем фактическая частота событий. Трудно, например, предположить, чтобы всякий гражданин знал о противоправности действий, соответствующих большинству формальных составов преступлений, скорее наоборот¹.

Наиболее известной материальной юридической презумпцией является *презумпция невиновности*, в соответствии с которой обвиняемый считается невиновным до тех пор, пока его виновность не доказана и не установлена вступившим в законную силу приговором суда (см. о ней также § 6 гл. 4 учебника). Объяснить презумпцию невиновности с фактической точки зрения невозможно, ибо по статистике подавляющее большинство лиц, привлекаемых в качестве обвиняемых, в дальнейшем оказываются действительно виновными. Но если данная презумпция и лишена фактического основания, то юридическое ее значение трудно переоценить. Без помощи презумпции невиновности публичному состязательному процессу не удалось бы сохранять равновесие сторон — государственного органа уголовного преследования и частного лица, обвиняемого в преступлении, — которые заведомо несопоставимы по своим фактическим силам и возможностям. Она является основным элементом института преимущества защиты и важнейшей гарантией уголовно-процессуального принципа равенства сторон. Вместе с тем презумпция невиновности относится к числу опровержимых. Бремя ее опровержения лежит на стороне обвинения.

Процессуальные юридические презумпции также исходят не из повторяемости фактических связей, а из процессуальных соображений. Одной из важнейших процессуальных презумпций является *презумпция равенства всех видов доказательств*. Согласно ей никакое доказательство не имеет заранее установленной силы (ч. 2 ст. 17 УПК). Другими словами, пока не доказано обратное, считается, например, что иные документы, как доказательства, ничем не хуже показаний свидетелей, протоколов или заключений экспертов, вещественные доказательства — документов и т.д. На самом деле это чаще всего не так, поскольку процессуальные гарантии достижения истины при получении указанных доказательств существенно различаются (например, заключение эксперта, полученное по постановлению следователя или судьи, как правило, более надежно, чем документ, в котором излагается мнение специалиста, высказанное за пределами процесса). Действительная сила доказательств устанавливается лишь в результате их итоговой оценки, которая все расставляет по своим истинным местам. Указанная презумпция, таким образом, всегда обречена на опровержение в процессе доказывания. Другим примером процессуальной юридической презумпции может служить *презумпция личной заинтересованности* лица, ведущего процесс, при выявлении оснований для его отвода (ст. 61 УПК). Почти все указанные в названной статье обстоятельства (выполнение судьей, прокурором, следователем, дознавателем иных процессуальных функций, их родственные отношения с другими участниками производства по данному делу и т.д.) дают основания полагать, что эти лица

¹ Исключением являются те формальные составы преступлений, в основе которых лежит общеизвестная противоправность некоторых деяний (дача и получение взятки, дезертирство и т.п.). Для них можно говорить о действии неопровержимой фактической презумпции, так как они базируются на общеизвестных фактах.

так или иначе лично заинтересованы в исходе уголовного дела. Но если презумпция, зафиксированная в ч. 2 ст. 61 (иные обстоятельства, дающие основания предполагать их личную заинтересованность в деле), относится к категории опровержимых, т.е. может быть опровергнута аргументами, изложенными в объяснении судьи, прокурора, следователя, дознавателя по поводу заявленного отвода, то презумпции, указанные в п. 1—3 ч. 1 ст. 61 (выполнение иных процессуальных функций, наличие родственных отношений), неопровержимы. Даже если отводимому лицу и удастся представить убедительные аргументы своей личной незаинтересованности в деле, несмотря, например, на родственные отношения с кем-либо из участников процесса, оно все равно подлежит отводу.

Особенностью процессуальных юридических презумпций является то, что бремя их опровержения (в случае если они опровержимы) несет не только заинтересованная сторона, но и суд. Так, именно он обязан указать в приговоре доказательства, на которых основаны выводы суда, и мотивы, по которым суд отверг другие доказательства, опровергая, например, презумпцию равенства всех видов доказательств.

2. Преюдиции

Преюдицией (от лат. *praejudicio* — предрешение) в теории судопроизводства считается обязанность органов предварительного расследования и суда, в чьем производстве находится дело, принять как установленные обстоятельства, если они признаны вступившим в законную силу решением по другому делу. Преюдицию следует отличать от процессуальной презумпции *истинности судебного решения*, согласно которой ранее принятое судебное решение считается истинным и устанавливает обстоятельства дела, пока не доказано обратное. В УПК преюдиции посвящена ст. 90, в которой сказано: «Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу приговором, признаются судом, прокурором, следователем, дознавателем без дополнительной проверки, *если эти обстоятельства не вызывают сомнений у суда*» (курсив мой. — А.С.). Таким образом, фактически в этой статье предусмотрена не преюдиция, а опровержимая презумпция истинности вступившего в законную силу приговора по другому делу. Если обстоятельства, установленные предшествующим приговором, противоречат обстоятельствам, которые установлены доказательствами, исследованными по новому делу, находящемуся в производстве суда, они не принимаются им за установленные факты, а подлежат проверке. Суд вправе признать установленными только те обстоятельства, которые соответствуют его внутреннему убеждению. Это положение основывается на принципе независимости суда, который в вопросах, требующих при разрешении дела внутреннего убеждения, подчиняется не решениям других судов, а только закону. Вместе с тем по содержанию названного положения право на сомнения в истинности ранее постановленного приговора имеется только у суда, но не у прокурора, следователя и дознавателя, для которых вступивший в законную силу приговор по другому делу во всяком случае обязателен, т.е. имеет характер действительно преюдициального решения. Так, при наличии в отношении подозреваемого или обвиняемого вступившего в законную силу приговора по тому же обвинению они обязаны прекратить уголовное преследование лица (п. 4 ч. 1 ст. 27).

Если в приговоре, состоявшемся по первому уголовному делу, были сделаны выводы, преддрешающие виновность лиц, не участвовавших в его рассмотрении (например, говорилось о совершении подсудимым преступления в соучастии с не установленными органами предварительного расследования лицами), то суд, рассматривающий новое дело уже в отношении этих лиц (после их установления), не вправе признавать их виновными лишь на основании ранее состоявшегося приговора, даже если он не вызывает у него сомнений. Он должен исследовать доказательства виновности указанных лиц, представленные обвинением по новому уголовному делу. В противном случае оставалось бы нереализованным право каждого на защиту.

В ранее действовавшем уголовно-процессуальном законодательстве содержалось положение, согласно которому вступившее в законную силу решение, определение или постановление суда по гражданскому делу было обязательно для суда, прокурора, следователя и лица, производящего дознание, при производстве по уголовному делу по вопросам, имело ли место событие или действие (ст. 28 УПК РСФСР 1960 г.). В УПК РФ 2001 г. данная норма не вошла, т.е. решения судов по гражданским делам не имеют для уголовных судов преюдициального значения, так же как не создают для них и презумпции истинности решения, постановленного по гражданскому делу.

3. Формальные признания

Формальное признание, или сделка, — это заявление в процессе, сделанное одной из сторон о признании факта, на котором другая сторона основывает свои требования или возражения. Оно освобождает другую сторону от необходимости дальнейшего обоснования этого факта, который в этом случае считается доказанным. Существуют несколько разновидностей формальных признаний.

1. *Сделки о признании виновности.* Классическим примером служат *plea-bargaining* американского уголовного процесса, которые ведут к немедленному окончанию судебного разбирательства и вынесению обвинительного приговора. Идея, лежащая в основе этих сделок, проста — признание стороной спорного факта означает прекращение спора, а значит, и прекращение (полное или частичное) самого состязательного процесса. В сущности, сделка о признании виновности — это юридическая презумпция, поскольку при ее заключении условно предполагается, что обвиняемый виновен. Сделки о признании — проявление частно-искового правосознания, главная их цель утилитарна — это быстрее «снятие» конфликта ради процессуальной экономии, а также (со стороны обвиняемого) смягчение наказания. И то и другое весьма далеко от интересов фактического достижения истины. Верховный суд США в одном из своих решений заявил, что нет ничего предосудительного в том, что суд принимает формальное заявление обвиняемого о признании им вины, несмотря на то что тот же обвиняемый одновременно настаивает на своей невиновности. Апелляционный суд штата Нью-Йорк утвердил обвинительный приговор, вынесенный одним из судов на основании заявления обвиняемого о признании вины в преступлении, совершение которого было «логически и юридически невозможно». От 80 до 90% дел о фелониях в США разрешаются на основе сделок о признании вины¹. Мотивируется это тем, что

¹ См: *Neubauer D.W.* America's courts and the criminal justice system. Norht Scituate (Mass.), 1979. P. 37.

лишь экономия на сделках позволяет осуществляться полной судебной процедуре хотя бы по немногим делам.

2. *Целерантные* (от лат. *celerantes* — быстрый, стремительный) *сделки*, т.е. сделки об упрощении процедуры судопроизводства. Если американские сделки о признании виновности формально связаны с представлением об истинности судебного решения, так как презюмируется, что признание обвиняемым своей виновности достоверно, то в уголовном судопроизводстве ряда европейских государств (Испании, Италии и др.) с конца 80-х гг. XX в. стали применяться сделки, объектом которых является даже не сама виновность, а формальное согласие обвиняемого с обвинительным заключением (*конформidad* — ст. 655, 689.2 УПК Испании) или «обозначение наказания» (так называемое *patteggiamento* — ст. 444—448 УПК Италии 1988 г.). В обоих случаях обвиняемый, вступая в такую сделку, может и не признавать себя виновным. В обмен на эти действия законом предусмотрено ограничение меры наказания (не более 6 лет лишения свободы в Испании) либо определенная скидка (снижение срока лишения свободы на треть в Италии). Судебное следствие при этом не производится. На практике подобные соглашения воспринимаются как соглашение сторон о виновности, отчего заслужили неофициальное название «*медленное признание вины*». В УПК РФ (разд. X гл. 40) в уголовном процессе также предусмотрена возможность разрешения дела с помощью целерантной сделки (так называемый особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением).

4. Правило об исключении доказательств

Прокурор, следователь, дознаватель вправе и обязаны признать доказательство, полученное с нарушением федерального закона, недопустимым по ходатайству сторон или по собственной инициативе. Недопустимые доказательства не имеют юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, входящих в предмет доказывания (ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ч. 1 ст. 75, ч. 3 ст. 88, ст. 235 УПК). Понятие и критерии допустимости доказательств были рассмотрены выше (см. § 3 настоящей главы). Здесь же важно отметить, что признание доказательства недопустимым при определенных условиях (отсутствие параллельных допустимых доказательств) может повлечь за собой и признание несуществующим факта, на установление которого претендовало это доказательство. То есть с помощью правила об исключении недопустимых доказательств будет обосновано (на правовом уровне доказывания) отсутствие данного обстоятельства. Согласно ч. 4 ст. 235 УПК при рассмотрении на предварительном слушании ходатайства об исключении доказательства, заявленного стороной защиты на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований закона, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, лежит на прокуроре. Таким образом, исключение недопустимого доказательства, а значит, и устанавливаемого им обстоятельства является результатом именно деятельности по доказыванию, но доказыванию с помощью формального средства — правила об исключении доказательств.

Раздел IV

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРИНУЖДЕНИЕ

§ 1. ПОНЯТИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ МЕР ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРИНУЖДЕНИЯ

1. Природа процессуального принуждения

Среди всех видов государственной деятельности уголовное судопроизводство больше других вторгается в сферу частной жизни, ограничивает права и свободы граждан. Обусловлено это публичностью уголовного процесса. Интересы общества и государства состоят в том, чтобы установить истину по уголовному делу, привлечь виновных к ответственности, преодолеть возможное сопротивление заинтересованных лиц. В результате права частных лиц могут быть ущемлены. Так, ведущие процесс органы заключают обвиняемого под стражу, подвергают свидетеля или потерпевшего приводу, проводят обыск в жилище, арестовывают имущество, контролируют телефонные переговоры и т.д.

Меры процессуального принуждения служат индикатором соотношения публичных и частных интересов в уголовном процессе и существенно различаются по его типам. «В истории уголовного процесса энергия мер пресечения всегда стояла в обратном отношении с развитием гражданской свободы», — отмечал И.Я. Фойницкий¹.

Господство частного начала в древнем частносостязательном типе процесса сводило к минимуму применение мер принуждения. Личная свобода обвиняемого (стороны в процессе) ограничивалась в редчайших случаях. Меры принуждения преследовали цель — обеспечить возможное вознаграждение обвинителя-потерпевшего в случае выигрыша дела. Этому способствовали имущественные ограничения или личная ответственность поручителя вместо обвиняемого.

Подавление публичным началом частного в розыском процессе неограниченно расширяло принудительные меры, которые даже могли превышать само наказание. Так, до судебной реформы 1864 г. в России обвиняемый мог в тюрьме ожидать приговора 10—12 лет.

Современный публично-состязательный процесс основан на органичном сочетании общественных и личных интересов. Защита прав личности ограничивает принуждение, которое, по общему правилу, должно применяться только тогда, когда иными средствами публичных целей процесса не достичь. Для определения меры минимально необходимого и достаточного принуждения законодательно ограничивается его максимальный предел. Закон подробно регламентирует основания, условия и порядок применения мер принуждения. Используется разрешительный тип правового регулирования, когда должностным лицам разрешено только то, что прямо предусмотрено законом. Устанавливается ответственность за незаконное применение принуждения, вплоть до уголовной (например, ст. 301 УК РФ — незаконное задержание, заключение под стражу или содержание под стражей).

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. С. 327.

2. Признаки и понятие мер процессуального принуждения

Меры уголовно-процессуального принуждения определяются следующими основными признаками.

1. Принуждение прежде всего противостоит свободному волеизъявлению (принудить — заставить сделать что-либо). Поэтому сущность принуждения состоит в том, что оно *осуществляется помимо воли и желания участников процесса*. В связи с этим для отграничения принудительных от непринудительных элементов используется критерий в виде психического отношения субъекта к возложенной на него обязанности. Добровольное выполнение обязанности исключает принуждение¹. Такой подход подчеркивает необходимость исключительного использования принуждения, когда метод убеждения не достиг искомого результата. Таким образом, к мерам принуждения относятся процессуальные действия и решения, осуществляемые против воли заинтересованных лиц.

2. Процессуальное принуждение — разновидность государственного принуждения. Субъектом его применения всегда является государственный орган или должностное лицо, осуществляющие уголовное судопроизводство по данному делу, а объектом — частные лица (физические или юридические). Так, процессуальное принуждение не применяется по решению потерпевшего. Отмена незаконных актов адресована должностным лицам, поэтому также не может считаться мерой процессуального принуждения. Если же должностное лицо не исполняет процессуальное решение, то принуждение применяется к нему как к гражданину, нарушившему закон.

3. Меры уголовно-процессуального принуждения отличаются от других видов государственного принуждения тем, что они регулируются уголовно-процессуальным правом, являются частью уголовного процесса. Этим признаком данные меры отличаются от уголовного наказания, административного, дисциплинарного, гражданско-правового и другого принуждения.

Таким образом, меры уголовно-процессуального принуждения можно определить как *предусмотренные уголовно-процессуальным правом действия и решения органов, ведущих производство по делу, ограничивающие права остальных участников процесса помимо их воли*.

4. Меры процессуального принуждения следует отличать от понятий уголовно-процессуальных санкций и уголовно-процессуальной ответственности. Санкция — это нормативное определение принуждения как результата нарушения диспозиции нормы. Меры процессуального принуждения могут применяться без нарушения диспозиции какой-либо нормы права в превентивных целях (обеспечение гражданского иска путем наложения ареста на имущество). В то же время не все санкции реализуются принудительно (например, санкции ничтожности отмененного процессуального акта). Санкции предусматривают уголовно-процессуальную ответственность — воздействие на нарушителя процессуальных норм, связанное с негативной официальной оценкой его действий. Такая ответственность также не совпадает с мерами процессуального принуждения.

Общим основанием и пределом применения мер процессуального принуждения является необходимость достижения целей правосудия, обеспечение установленного

¹ См.: Петрухин И.Л. Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. М., 1985. С. 53—55.

порядка уголовного судопроизводства и надлежащего исполнения приговора. Меры процессуального принуждения применяются лишь при *действительном или реально возможном появлении препятствий для движения дела*.

Общими условиями применения процессуального принуждения служат: 1) наличие возбужденного уголовного дела, 2) надлежащий субъект применения (состоящий на соответствующей должности, принявший дело к своему производству, не подлежащий отводу) и 3) надлежащий объект (лица, на которых распространяется действие уголовно-процессуального закона).

О первом из этих условий следует сказать подробнее. Возбужденное уголовное дело служит юридическим основанием для процессуального принуждения, так как предполагает наличие вывода о существовании общественно опасного деяния. Меры принуждения не могут применяться:

1) до возбуждения уголовного дела. В действующем законе это косвенно следует из ряда правил. Проверка сообщений о преступлениях не предусматривает принуждения (ст. 141—145 УПК). Производство неотложных следственных действий допускается после возбуждения дела (ст. 157), кроме осмотра места происшествия, так как принуждение при нем минимально (ч. 2 ст. 176);

2) после прекращения дела. Согласно закону при прекращении дела отменяются меры пресечения, наложение ареста на имущество, корреспонденцию, временное отстранение от должности, контроль и запись переговоров (ст. 213, 239 УПК РФ);

3) после приостановления дела. По приостановленному делу производство следственных действий не допускается (ч. 3 ст. 209). В законе однозначно не решен вопрос о действии других мер принуждения. По общему правилу, они также не могут применяться по приостановленному делу. Меры, обеспечивающие получение доказательств, не имеют смысла без соответствующих следственных действий (привод, принудительное получение образцов, помещение в медицинский стационар). Меры пресечения не подлежат применению, поскольку они имеют еще более принудительный характер, чем следственные действия. По приостановленному делу в отношении скрывшегося обвиняемого избирается мера пресечения (но реально не действует, не применяется). Как только обеспечивается явка обвиняемого и необходимо реально исполнить меру пресечения — производство возобновляется. Однако на практике встречаются случаи, когда по приостановленному делу действует подписка о невыезде. Например, скрылся один из обвиняемых, в отношении него дело выделить нельзя, и все производство приостанавливается. Тогда в отношении оставшихся обвиняемых избирается подписка о невыезде, которая сохраняет силу до истечения срока давности (который может достигать 15 лет по тяжким преступлениям). Такую практику следует признать неправомерной.

3. Классификация мер процессуального принуждения

В литературе используются различные классификации мер процессуального принуждения. По содержанию принуждение может быть физическим или психическим. В последнем случае решение может исполняться добровольно, однако оно всегда носит правоограничительный характер.

Меры принуждения зависят от характера тех прав, которые они ущемляют. Могут быть ограничены процессуальные права (лишением обвиняемого возможности

ознакомиться с материалами оконченного следствия при неявке без уважительных причин — ч. 5 ст. 215; ограничением времени ознакомления с протоколом судебного заседания — ч. 7 ст. 259; удалением из зала судебного заседания участника процесса — ст. 258, 429). Чаще ограничиваются непроцессуальные права, в том числе конституционные: свобода и личная неприкосновенность (ст. 22 Конституции РФ); неприкосновенность частной жизни, тайна сообщений (ст. 23); неприкосновенность жилища (ст. 25); свобода передвижения (ст. 27); свобода распоряжения имуществом (ст. 35); свобода распоряжения своими способностями к труду (ст. 37). Вид ограничиваемого права и степень его ограничения позволяют разделять меры принуждения по степени строгости.

Содержание принуждения и степень его строгости (интенсивности) определяют процедуру применения. По процедуре применения меры принуждения делятся на две группы: применяемые в состязательном или розыском порядке. По общему правилу все меры принуждения должны применяться судом по ходатайству заинтересованных лиц (недаром в теории судопроизводства они именуются мерами *судебного* принуждения). Состязательность подрывается, если одна сторона (следователь) применяет к другой стороне (обвиняемому) меры принуждения, тем более связанные с ограничением конституционных прав граждан (ст. 101 УПК). Не соответствует состязательности и применение судом *по собственной инициативе при возражении сторон* мер принуждения (п. 10 ст. 108). В то же время специфика уголовного процесса состоит в том, что в неотложных ситуациях (при непосредственной угрозе утраты следов преступления, сокрытия виновных или утраты возможности возмещения ущерба) принуждение должно применяться немедленно. Оперативность обеспечивается розыской процедурой. В этом случае особое значение принадлежит последующему (ретроспективному) судебному контролю. Задержание подозреваемого всегда является неотложной мерой, однако подозреваемый в течение 48 часов должен предстать перед судом (ст. 91—94). В исключительных (неотложных) случаях осмотр, обыск, выемка в жилище, личный обыск проводятся по постановлению следователя без получения судебного решения. В течение 24 часов об этом должен быть уведомлен судья, который признает законность или незаконность этих действий (ч. 5 ст. 165). В розыской процедуре применяются и сравнительно «нестрогие» меры принуждения, когда оперативности отдается предпочтение.

По основанию применения принуждение может быть последующим или предупреждающим (превентивным).

Последующее принуждение является последствием нарушения процессуальных норм — процессуальной ответственностью нарушителя. Основанием его применения служит уголовно-процессуальное правонарушение. Дополнительно по целям применения последующее принуждение делится на *карательное* (цель — возложение ответственности на виновного в нарушении) и *восстановительное, или меры защиты* (цель которых состоит не столько в возложении ответственности, сколько в восстановлении нарушенного правопорядка).

Карательное принуждение не характерно для процессуальных отраслей права. В уголовном судопроизводстве существуют только две таких меры: наложение денежного взыскания в случаях неисполнения участниками судопроизводства процессуальных обязанностей, а также нарушения ими порядка в судебном заседании

(ст. 117—118); обращение в доход государства залога, внесенного в виде меры пресечения (ч. 4 ст. 106).

Восстановительные принудительные меры защищают субъективные права и обеспечивают исполнение обязанностей. К ним относятся: удаление нарушителя из зала суда (ст. 258), изменение меры пресечения на более строгую (ст. 110); преодоление сопротивления при освидетельствовании, осмотре, обыске; привод при неявке по вызову и т.д. Иногда законом предусматривается принудительное осуществление права, например обязательное участие защитника даже тогда, когда обвиняемый от него отказался (ст. 51, ч. 2 ст. 52). Эта мера обеспечивает *восстановление* равноправия сторон за счет предоставления стороне защиты дополнительного преимущества — обязательного участия защитника, без которого обвиняемый не сможет противостоять обвинению. Общество особенно заинтересовано в эффективной защите несовершеннолетних; лиц, страдающих психическими и физическими недостатками; обвиняемых в совершении особо тяжких преступлений.

Предупреждающее принуждение связано с предотвращением возможного в будущем нарушения процессуального порядка. Такое принуждение применяется без вины обязанных лиц и является превентивно-обеспечительным. Основанием его применения служит обоснованное предположение о возможном в будущем процессуальном нарушении. К этой группе относятся: задержание подозреваемого (гл. 12), меры пресечения (гл. 13), наложение ареста на имущество (ст. 115), временное отстранение от должности (ст. 114), помещение обвиняемого в медицинский стационар для производства судебной экспертизы (ст. 203). Обеспечительный характер имеет и «потенциальное» принуждение при производстве следственных действий.

Восстановительные и предупреждающие принудительные меры обычно принято делить по целям их применения на четыре группы:

1) обеспечивающие получение доказательств: обязательство о явке (ст. 112), привод (ст. 113), задержание подозреваемого (ст. 91—92); осмотр жилища (ч. 5 ст. 177); эксгумация (ст. 178); освидетельствование (ст. 179); обыск (ст. 182); выемка (ст. 183); наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка (ст. 185); контроль и запись переговоров (ст. 186); получение образцов для сравнительного исследования (ст. 202), помещение обвиняемого в медицинский стационар (ст. 203);

2) обеспечивающие гражданский иск или возможную конфискацию имущества — наложение ареста на имущество (ст. 115);

3) меры, обеспечивающие порядок в ходе производства по делу, — удаление из зала суда нарушителей (ст. 258);

4) обеспечивающие надлежащее поведение обвиняемого или подозреваемого — временное отстранение от должности (ст. 114) и меры пресечения (гл. 13).

УПК РФ меры процессуального принуждения систематизирует в три группы:

1) задержание подозреваемого (гл. 12);

2) меры пресечения (гл. 13);

3) иные меры принуждения (гл. 14).

Третья группа мер принуждения делится еще на две: а) применяемые к подозреваемому и обвиняемому (ч. 1 ст. 111) и б) применяемые к потерпевшему, свидетелю, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, эксперту, специалисту, переводчику, понятому (ч. 2 ст. 111).

§ 2. ЗАДЕРЖАНИЕ ПОДОЗРЕВАЕМОГО И ОБВИНЯЕМОГО

1. Понятие уголовно-процессуального задержания

Российский институт задержания исторически восходит к старофранцузскому дознанию очевидных преступлений (*flagrant delit*), которое в классическом виде получило закрепление в наполеоновском Уголовно-процессуальном кодексе 1808 г. Условия очевидности преступления в УПК РФ предстают в виде оснований для задержания подозреваемого¹.

Закон определяет задержание как меру процессуального принуждения, применяемую органом дознания, дознавателем, следователем или прокурором на срок не более 48 часов с момента фактического задержания лица по подозрению в совершении преступления (п. 11 ст. 5 УПК). Сущность задержания состоит в кратковременном содержании лица под стражей без предварительного разрешения руководителя следственного органа, прокурора или суда. При этом задержание делится на две разновидности: задержание обвиняемого и задержание подозреваемого².

Задержание обвиняемого — это неотложная мера процессуального принуждения, которая состоит в кратковременном содержании под стражей обвиняемого в целях незамедлительного доставления его в суд для рассмотрения ходатайства органов уголовного преследования об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу. Это новый процессуальный институт отечественного права, находящийся еще в стадии формирования. Его возникновение связано с недопущением избрания заключения под стражу в отсутствие обвиняемого (ч. 4—5 ст. 108). Поэтому скрывшийся от органов расследования обвиняемый может быть задержан на срок до 48 часов для обеспечения его явки в суд для принятия судом решения о заключении его под стражу (ч. 3 ст. 210). Однако *задержание обвиняемого производится в порядке, предусмотренном для задержания подозреваемого*, т.е. по аналогии закона. Задержание обвиняемого имеет особые основания, цели, мотивы и условия. Основанием для него является необходимость рассмотрения в суде обоснованного ходатайства следователя об избрании в отношении разыскиваемого обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу. Цель состоит в незамедлительном доставлении обвиняемого в суд для рассмотрения указанного ходатайства. В качестве мотива выступает опасение, что обвиняемый уклонится от явки в судебное заседание. Условием служит вынесение обоснованного постановления о привлечении в качестве обвиняемого, а в исключительных случаях — обвинительного акта, когда после производства

¹ Об этом см.: Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 31.

² УПК РФ (в ред. от 08.12.2003 г.) предусматривает возможность заключения по решению суда под стражу осужденного, злостно уклоняющегося от исполнения уголовного наказания, не связанного с лишением свободы, до рассмотрения вопроса о замене данного вида наказания более строгим (п. 18 ст. 397). Срок такого ареста не может превышать 30 суток. Длительный срок действия этой меры принуждения и необходимость получения предварительного разрешения суда на ее применение приближают ее к мере пресечения в виде содержания под стражей в целях обеспечения исполнения приговора (ч. 2 ст. 97). Для обеспечения 30-суточного ареста органы внутренних дел вправе задержать осужденного на срок до 48 часов, однако порядок этого задержания установлен УПК РФ (ч. 2 ст. 30; ч. 4 ст. 32).

дознания дело передается для предварительного следствия (см. об этом § 2 гл. 18 учебника).

Задержание подозреваемого предусмотрено гл. 12 УПК. Существенные признаки понятия «задержание подозреваемого» позволяют определить его как неотложную меру процессуального принуждения, содержание которой состоит в кратковременном содержании под стражей лица с целью установить его причастность к совершению преступления и необходимость применения меры пресечения в виде заключения под стражу.

В отличие от действующего законодательства УПК РСФСР 1960 г. относил задержание к следственным действиям, тем самым протоколу задержания придавалось доказательственное значение (ст. 87, 119). Протоколом теоретически могли быть установлены основания задержания, однако практически они всегда устанавливались с помощью других доказательств. Протокол был доказательством места и времени задержания, фиксировал объяснения задержанного. Последнее утверждение остается справедливым и для действующего УПК РФ, который прямо не называет в числе доказательств протокол задержания, но и не исключает этого (ст. 83, 92, 258).

Уголовно-процессуальное задержание следует отличать от фактического задержания, административного задержания и меры пресечения в виде заключения под стражу.

Фактический захват (фактическое задержание) представляет собой конкретные принудительные физические действия по лишению вероятного преступника свободы передвижения (п. 15 ст. 5 УПК). Фактический захват может быть элементом процессуального задержания. Однако фактическое задержание бывает и не связанным с уголовно-процессуальным. Так, захватить преступника может сам потерпевший, очевидец (ст. 37—38 УК РФ) или сотрудник патрульно-постовой службы милиции, но в дальнейшем процессуального задержания — кратковременного *содержания под стражей* — не будет, в силу отсутствия оснований, мотивов или условий. Так, задержание в соответствии с Уставом патрульно-постовой службы милиции общественной безопасности (ст. 135—136, 145—153)¹ не влечет в обязательном порядке возбуждение уголовного дела и процессуальное задержание. Эти вопросы относятся к компетенции органов уголовного преследования.

Административное задержание предусмотрено административным законодательством (ст. 27.3—27.6 Кодекса РФ об административных правонарушениях). Оно применяется по делу об административном правонарушении в целях обеспечения его правильного и своевременного рассмотрения, исполнения постановления в виде административного ареста. Срок административного задержания по общему правилу не превышает 3 часов, но в некоторых случаях подлежит продлению. Кроме того, п. 18 ст. 397 УПК (стадия исполнения приговора) и уголовно-исполнительным правом (ст. 46, 48, 58 УИК РФ) предусмотрено задержание осужденного. Скрывшийся с места жительства осужденный, местонахождение которого не известно, объявляется в розыск и может быть задержан на срок до 48 часов. Данный срок может быть продлен судом до 30 суток.

Вне уголовно-процессуальной деятельности происходит задержание граждан, нарушивших правила комендантского часа на территории действия чрезвычайного положения.

¹ См. приложение к приказу МВД России от 18.01.93 № 175.

Процессуальное задержание сходно с такой мерой пресечения, как заключение под стражу. В обоих случаях происходит процессуальное *содержание* под стражей (п. 42 ст. 5 УПК). Однако это различные понятия. Задержание является *неотложным, кратковременным* содержанием под стражей, имеет особые основания, цели, процедуру применения, всегда предшествует возможному заключению под стражу.

Задержание всегда является неотложным процессуальным действием, поэтому производится лишь на начальном этапе уголовного преследования без санкции прокурора или суда. Поэтому нельзя дважды задержать подозреваемого в совершении одного и того же преступления, так как после первого задержания неотложность ситуации расследования утрачивается. Не допускается и повторное задержание обвиняемого по тому же самому ходатайству об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу.

Процессуальное задержание производится только органами уголовного преследования — следователем, прокурором, органом дознания и дознавателем (п. 11 ст. 5; ст. 91 УПК). При этом, в отличие от УПК РСФСР, новый Кодекс не предусматривает утверждения начальником органа дознания решения дознавателя о задержании.

Задержание должно быть кратковременным. До судебного решения никто не может быть подвергнут задержанию на срок более 48 часов с момента фактического задержания (ч. 2 ст. 22 Конституции РФ, ч. 1 ст. 10 УПК). Однако реальное выполнение этого правила затруднено при производстве задержания такими органами дознания, как капитанами морских и речных судов, находящихся в дальнем плавании, руководителями геолого-разведочных партий и зимовок, удаленных от мест расположения обычных органов дознания, главами дипломатических представительств по соответствующим категориям дел (ч. 3 ст. 40 УПК). Так, капитан морского судна вправе задержать подозреваемого до передачи его компетентным органам в первом порту Российской Федерации, в который зайдет судно, или направить туда подозреваемого вместе с материалами дознания на другом российском судне (ст. 69 Кодекса торгового мореплавания РФ от 30.04.99 г.). В связи с этим кратковременность задержания в указанных случаях обеспечивается не столько установлением его минимальных сроков, сколько *доставлением задержанного в суд так быстро, как это практически возможно*. Международные акты оперируют такими терминами, как «в срочном порядке», «в разумный срок», «безотлагательно» (ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод).

2. Основания задержания

Основания задержания подозреваемого предусмотрены ст. 91 УПК.

1. *Лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения.*

В данном случае происходит фактический захват при пресечении преступления (а также приготовлении или покушении), на месте совершения преступления или в результате преследования лица сразу после совершения преступления. Если подозреваемый скрылся, то его задержание возможно по другим основаниям. Застигнутое лицо при совершении преступления или непосредственно после его совершения могут любые лица (потерпевший, очевидцы, сотрудники милиции). Если основанием

задержания служит захват подозреваемого при личном участии следователя, дознавателя, прокурора, то они, как правило, подлежат отводу как будущие свидетели (ч. 1 ст. 61 УПК), если отсутствовали другие очевидцы преступления¹. Нельзя субъектам такого задержания поручать и производство процессуальных действий, иначе они не будут иметь юридической силы. Например, оперативный сотрудник не может выполнить поручение следователя о допросе задержанного, которого он застиг на месте совершения преступления, в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 91 УПК.

2. Потерпевшие или очевидцы указали на данное лицо как на совершившее преступление.

Здесь присутствует прямое доказательство совершения преступления определенным лицом. Потерпевшие или другие очевидцы *лично наблюдали* совершение преступления (приготовление, покушение на его совершение). Не могут служить данным основанием задержания указания свидетелей, если они: предполагают о совершении преступления этим лицом (на основе догадок, умозаключений); говорят с чужих слов или не могут указать источник своей осведомленности (п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК). Следует учесть, что потерпевший должен быть именно очевидцем преступления. Показания потерпевшего о том, что у подозреваемого были мотивы для кражи и что у подозреваемого в жилище находится похищенное, могут быть другим основанием для задержания.

Для задержания по этому основанию может быть достаточно указания и одного очевидца.

Показания других подозреваемых и обвиняемых о своих сообщниках принято относить к другим основаниям задержания.

3. На этом лице или его одежде, при нем или в его жилище будут обнаружены явные следы преступления.

Данное основание представляет косвенные, но весомые доказательства причастности лица к совершению преступления. Явные следы не требуют специальных познаний для их выявления, они очевидны. Такими следами могут быть наличие телесных повреждений, вещественных доказательств (например, орудий и предметов преступления, следов крови). При этом явные следы могут быть обнаружены не только в жилище, но и по месту работы, в гараже, на даче.

Все три указанных основания представляют собой веские доказательства подозрения. Однако подозреваемый может быть задержан и по менее явным уликам, которые представляют четвертое основание задержания.

4. Имеются иные данные, дающие основание подозревать лицо в совершении преступления. Эти данные — менее весомые доказательства виновности, нежели явные следы преступления (сходство внешности подозреваемого с описанием преступника, явка с повинной, показания лиц, не являющихся очевидцами, и т.д.).

По данному основанию задержание возможно при наличии одного из четырех дополнительных условий:

а) если это лицо пыталось скрыться (оказано сопротивление при фактическом задержании, покушение на побег, приготовление к отъезду);

б) если это лицо не имеет постоянного места жительства. С учетом редакции п. 1 ч. 1 ст. 108 УПК должно отсутствовать постоянное место жительства на территории

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. № 4.

Российской Федерации. Факт регистрации (прописки) по месту жительства является одним из доказательств наличия постоянного места жительства и необязателен для следователя, прокурора, дознавателя, а местом жительства является помещение, в котором гражданин проживает на законных основаниях (ст. 2 Федерального закона «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации»);

в) не установлена личность подозреваемого (сомнение в личности лица не может быть устранено до составления протокола задержания, в том числе отсутствуют или имеют признаки подделки документов, удостоверяющих личность);

г) в суд направлено ходатайство об избрании в отношении данного лица меры пресечения в виде заключения под стражу. По этому условию задержание применяется для обеспечения явки подозреваемого и *обвиняемого* в суд для рассмотрения ходатайства о применении меры пресечения в виде заключения под стражу. Согласно ч. 3 ст. 210 УПК находящийся в розыске обвиняемый может быть задержан по *анalogии* с институтом задержания подозреваемого для решения вопроса о мере пресечения. Применение аналогии закона и расширительное толкование норм ст. 91 УПК в данном случае — временное явление, вызванное становлением нового процессуального института — задержания обвиняемого.

В УПК РФ указаны только фактические основания задержания — те факты, которые требуется установить. В законе не сказано об информационных основаниях задержания — средствах установления фактов. Учитывая, что задержание существенно ограничивает неприкосновенность личности, фактические основания задержания должны устанавливаться с помощью уголовно-процессуальных доказательств.

3. Цели, мотивы и условия задержания подозреваемого

Цели задержания подозреваемого логически вытекают из оснований его освобождения (ст. 94 УПК). Задержание предназначено для: 1) проверки подозрения — установления причастности или непричастности лица к совершению преступления; 2) определения оснований для применения меры пресечения в виде заключения под стражу. Недопустимо применять задержание лишь для получения признательных показаний подозреваемого. Такое неправомерное воздействие всегда является существенным процессуальным нарушением (ч. 3 ст. 7) и влечет утрату допустимости полученных показаний, отмену процессуальных решений, а в некоторых случаях — уголовную ответственность следователя (ст. 301 УК РФ).

Задержание имеет прогностический характер и как неотложная мера осуществляется в условиях информационной неопределенности. Поэтому опровержение подозрения в дальнейшем — это один из нормальных исходов задержания, не означающий его незаконности. В то же время задержание подозреваемого незаконно, если подозрение уже так подтверждено совокупностью доказательств, что их достаточно для вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого. В этом случае должен ставиться вопрос не о задержании, а об избрании меры пресечения. Кроме того, любое задержание незаконно, когда очевидно отсутствие необходимости или самой юридической возможности заключения лица под стражу (хотя и требуется проверка подозрения). Например, за данное преступление не предусмотрено наказание в виде лишения свободы (ст. 91, 108).

Мотивами задержания подозреваемого признаются основания для применения мер пресечения (ст. 97). Закон требует указать в протоколе задержания его мотивы (ч. 2 ст. 92), несмотря на то что официальный бланк протокола соответствующей графы не содержит (приложение 28 к ст. 476 УПК). Мотивами задержания являются опасения, что лицо, подозреваемое в совершении преступления, может воспрепятствовать производству по делу: скрыться, продолжить преступную деятельность или помешать установлению истины (угрожать свидетелю, иным участникам процесса, уничтожить доказательства). Эти опасения могут возникнуть не обязательно на основе доказательств, но и на основе непроцессуальной информации или даже при ее отсутствии. По существу, действует презумпция наличия мотивов задержания, пока она не опровергнута. Данная презумпция обусловлена неотложным характером задержания.

Применение задержания, как и избрание меры пресечения в виде заключения под стражу, должны носить исключительный характер (когда другие средства не могут обеспечить надлежащее поведение подозреваемого).

Условия задержания подозреваемого разделяются на общие и специальные. *Общими условиями* процессуального задержания (как и применения всех мер процессуального принуждения) являются: 1) наличие возбужденного уголовного дела; 2) надлежащий субъект применения этой меры. Субъект, осуществляющий задержание, должен состоять на соответствующей должности, по правилам подследственности принять дело к своему производству или выполнять поручение (постановление) другого органа, не подлежать отводу; 3) надлежащий объект задержания — задерживаемое лицо. Так, лица, обладающие дипломатическим иммунитетом, могут быть задержаны только с согласия аккредитующего государства.

Специальное условие задержания вытекает из его цели — определить необходимость заключения под стражу. Задержание допускается лишь при подозрении в совершении преступления, за которое может быть назначено наказание в виде лишения свободы (ст. 91). По иным преступлениям невозможно применение меры пресечения в виде заключения под стражу, следовательно, невозможно и задержание. С учетом требований ст. 108 срок возможного наказания в виде лишения свободы должен быть, как правило, свыше 2 лет. В связи с этим законность задержания подозреваемого зависит от правильной квалификации преступления при возбуждении уголовного дела.

Вторым специальным условием задержания является соблюдение дополнительных требований, связанных со служебным иммунитетом отдельных категорий должностных лиц. Так, член Совета Федерации, депутат Государственной Думы, федеральный или мировой судья, прокурор и некоторые другие лица, задержанные по подозрению в совершении преступления, за исключением случаев задержания на месте преступления, должны быть освобождены немедленно после установления их личности (ст. 449).

4. Процессуальный порядок задержания

Процессуальный порядок задержания подозреваемого различается в зависимости от момента фактического захвата.

1. Фактический захват (задержание) лица производится до возбуждения уголовного дела, в силу внезапности возникновения оснований. Такая ситуация почти всегда возникает, когда лицо застигнуто при совершении преступления. После захвата

лицо доставляется в компетентный орган, например дежурную часть милиции. С этого момента появляется повод к возбуждению уголовного дела — рапорт сотрудников милиции, заявление потерпевших или очевидцев. С момента появления повода начинается уголовный процесс, возникают уголовно-процессуальные правоотношения. После доставления лица в дежурную часть решаются вопросы о возбуждении уголовного дела и о процессуальном задержании подозреваемого. Процессуальное задержание (а именно — кратковременное *содержание под стражей*) возможно только после возбуждения дела.

2. Иная ситуация возникает, если решение о задержании принимается по возбужденному уголовному делу, когда процессуальные правоотношения уже существуют. Следователь выносит об этом постановление, которое обычно исполняется органом дознания (п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК). В таком случае фактический захват (фактическое задержание) является частью процессуального задержания. Он осуществляется в порядке, предусмотренном УПК. Затем следует доставление задержанного.

С момента фактического задержания к участию в деле должен быть допущен защитник (ч. 3 ст. 49). При этом следует отметить, что такой допуск защитника реально возможен только тогда, когда фактический захват производится после возбуждения дела. В связи с этим защитник обычно допускается лишь с момента доставления «захваченного» до возбуждения дела подозреваемого в дежурную часть.

В этой связи фактическим задержанием (ограничительно) следует считать тот момент, когда задержанный был передан органам уголовного преследования (следователю, прокурору, органу дознания), что может совпасть с моментом доставления. Такое толкование не исключается в самом процессуальном законе. В статье 5 УПК (п. 15) сказано: «Момент фактического задержания — момент фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления, *производимого в порядке, установленном настоящим Кодексом* (курсив мой. — К.К.)». Процессуальный характер порядка фактического лишения свободы передвижения означает наличие уголовно-процессуальных отношений, которые возникают не ранее появления повода к возбуждению дела. В то же время нельзя считать моментом фактического задержания момент принятия решения о задержании¹ или момент составления протокола задержания². Это противоречит официальному толкованию ч. 2 ст. 48 Конституции РФ и международно-правовых актов, данному Конституционным Судом РФ в Постановлении от 27.07.2000 № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. И. Маслова». Конституционный Суд прямо указал, что права подозреваемого возникают у лица «независимо от его формального процессуального статуса, в том числе от признания задержанным и подозреваемым, если уполномоченными органами власти в отношении этого лица предприняты меры, которыми реально ограничиваются свобода и личная неприкосновенность, включая свободу передвижения, — удержание официальными властями, принудительный привод или доставление в органы дознания и следствия, содержание в изоляции без каких-либо контактов, а также какие-либо

¹ См.: Комментарий к УПК РФ / под общ. ред. В.В. Мозякова. М., 2002. С. 28, 224.

² См.: 400 ответов по применению УПК РФ: Комментарий / С.И. Герасимов и др. М., 2002. С. 12, 57.

иные действия, существенно ограничивающие свободу и личную неприкосновенность». Таким образом, фактическое задержание связано с действиями органов уголовного преследования (а не частных лиц), реально ограничивающими свободу передвижения лица в связи с подозрением в совершении им преступления.

Итак, подозреваемый доставлен в дежурную часть. В срок не более трех часов с момента доставления должен быть составлен протокол задержания (ст. 92), который является основанием для помещения подозреваемого под стражу. Протокол задержания должен соответствовать общим требованиям, предъявляемым к такого рода документам (ст. 166). В нем указываются дата и время составления, дата, время, основания и мотивы задержания подозреваемого, результаты его личного обыска и его объяснения. Кроме того, в протоколе целесообразно отразить состояние задержанного (опьянение, наличие травм), состояние его одежды, указать присутствовавших при задержании лиц. Протокол объявляется подозреваемому, разъясняются его права, о чем в протоколе делается отметка. Протокол подписывается подозреваемым и лицом, его составившим. Копия протокола вручается подозреваемому по его просьбе (п. 1 ч. 4 ст. 46).

Протокол задержания прямо не назван в законе в числе доказательств (ст. 83). Само задержание УПК не относит к следственным действиям. Однако процессуальный закон не исключает доказательственного значения протокола задержания. Такое значение могут иметь: место и время задержания, объяснения задержанного и объяснения очевидцев, если они указаны в протоколе. Согласно ст. 285 протокол задержания может быть оглашен в судебном следствии.

О произведенном задержании орган дознания, дознаватель или следователь обязаны сообщить прокурору в течение 12 часов с момента задержания (ч. 3 ст. 92).

В течение этого же времени о задержании уведомляются:

— близкий или иной родственник подозреваемого — им самим или органом, применившим задержание (ст. 96). Подозреваемому может быть отказано в предоставлении возможности самому уведомить родственников в интересах предварительного расследования (например, для пресечения его попыток распорядиться об уничтожении следов преступления). Уведомление родственников может быть сделано даже в устной форме, но должно включать в себя информацию о факте задержания, месте содержания задержанного, органе, который произвел задержание. Об уведомлении делается отметка в протоколе задержания;

— командование воинской части, если подозреваемый военнослужащий;

— представительство иностранного государства, если подозреваемый его гражданин или подданный. Согласно Своду принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденному Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 09.12.88 г., задержанному иностранному гражданину должно быть разъяснено его право связаться со своим консульством или посольством (принцип 16). Уведомление посольства или консульства производится через Министерство иностранных дел РФ;

— защитник подозреваемого, который должен располагать информацией о месте или о перемене места содержания задержанного.

В некоторых случаях уведомление о задержании может не производиться с согласия прокурора. Отсрочка уведомления обосновывается исключительными обстоятельствами расследования, интересами тайны следствия (например, преступление соверше-

но организованной группой, и уведомление о задержании одного соучастника повлечет активные действия остальных соучастников по противодействию расследованию).

Во всех случаях о задержании несовершеннолетнего незамедлительно извещаются его законные представители (ст. 423).

Следователь или дознаватель обязаны принять меры попечения об иждивенцах подозреваемого и по обеспечению сохранности его имущества, о чем уведомляется подозреваемый (ст. 160).

Не позднее 24 часов с момента фактического задержания подозреваемому должна быть предоставлена возможность дать показания в присутствии защитника, если он добровольно от него не отказался (ч. 2 ст. 46). То есть допрос должен быть проведен немедленно после задержания — так скоро, как это представится возможным. При отказе подозреваемого от дачи показаний должен быть составлен протокол допроса, который фиксирует факт предоставления ему возможности дать показания. УПК РФ (ч. 4 ст. 92) предусматривает право подозреваемого до начала допроса на свидание с защитником продолжительностью, как правило, не менее 2 часов. Ограничение продолжительности свидания до 2 часов должно быть обосновано необходимостью производства процессуальных действий с участием подозреваемого в силу неотложной ситуации. Не допускается ограничение продолжительности свидания для производства тех следственных действий, которые основаны на показаниях подозреваемого (его допрос, проверка его показаний на месте, предъявление для опознания потерпевшего, когда опознающий сам подозреваемый). Это объясняется правом подозреваемого отказаться от дачи показаний, в том числе для того, чтобы завершить свидание с защитником.

Подозреваемый содержится под стражей в изоляторе временного содержания или в ином помещении (следственном изоляторе, гауптвахте) в порядке, предусмотренном Федеральным законом от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений». Орган, в производстве которого находится уголовное дело, обязан незамедлительно известить одного из близких родственников подозреваемого о месте или об изменении места его содержания под стражей.

Условия содержания подозреваемых под стражей должны соответствовать международным стандартам. Содержание под стражей не может иметь характер кары, наказания, дополнительных лишений, в которых нет непосредственной необходимости с точки зрения целей задержания или устранения помех для хода расследования, или поддержания безопасности и порядка в месте задержания (принцип 36 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме). Прямо запрещены: пытки или жестокие, бесчеловечные или унижающие виды обращения (принцип 6); понуждения к даче показаний против себя или любого другого лица; методы дознания, нарушающие способность принимать решения или выносить суждения (принцип 21). Условия содержания под стражей должны исключать угрозу жизни и здоровью подозреваемого (ч. 3 ст. 10 УПК).

Встречи оперативного работника с подозреваемым допускаются только по письменному разрешению лиц, в производстве которых находится уголовное дело: прокурора, следователя, дознавателя (ст. 95). Для получения разрешения на встречу оперативный сотрудник должен обосновать необходимость проведения оперативно-розыскных мероприятий в соответствии с Законом «Об оперативно-розыскной деятельности» или выполнять поручение следователя или прокурора.

Задержание подозреваемого завершается его освобождением или применением меры пресечения в виде заключения под стражу. В некоторых случаях срок задержания может быть продлен.

Закон предусматривает следующие основания освобождения подозреваемого (ст. 94):

1) не подтвердилось подозрение в совершении преступления. В этом случае должно быть прекращено уголовное преследование подозреваемого (ч. 1 ст. 27). За ним признается право на реабилитацию (ст. 133);

2.) отсутствуют основания применения к подозреваемому меры пресечения в виде заключения под стражу. При этом подозрение не снимается. Обычно оно перерастает в обвинение (выносится постановление о привлечении в качестве обвиняемого и избирается иная мера пресечения, например, подписка о невыезде). Мера пресечения может быть применена и в отношении подозреваемого (ст. 100);

3) задержание было произведено с нарушением требований закона об основаниях, условиях и порядке задержания (например, следователь искусственно создал условия для задержания путем квалификации деяния «с запасом», превышая тяжесть преступления так, что по нему становится возможным назначение наказания в виде лишения свободы). Данное основание освобождения является проявлением санкции ничтожности в виде отмены незаконных актов и решений, признания юридически недействительными результатов незаконных процессуальных действий. Освобожденное по указанному основанию лицо имеет право на возмещение ущерба, причиненного незаконным задержанием, однако оно сохраняет статус подозреваемого, пока его уголовное преследование не прекращено;

4) истечение срока задержания. По общему правилу срок задержания составляет 48 часов с момента фактического захвата. Однако этот срок может быть неоднократно продлен судом, но в целом не более чем на 72 часа. В результате суммарный срок задержания может составить почти 120 часов (5 суток). Порядок продления срока задержания установлен применительно к процедуре избрания заключения под стражу (п. 3 ч. 7 ст. 108). Не позднее 8 часов до истечения срока задержания орган уголовного преследования направляет в суд свое ходатайство о применении к подозреваемому меры пресечения в виде заключения под стражу и подтверждающие материалы. В результате рассмотрения ходатайства суд по просьбе одной из сторон может отложить принятие окончательного решения для того, чтобы стороны представили дополнительные доказательства обоснованности или необоснованности меры пресечения в виде заключения под стражу. Продление срока задержания допускается, когда в силу каких-либо экстраординарных обстоятельств органы уголовного преследования не успели собрать доказательства, достаточные для заключения под стражу, но *обоснованность задержания не вызывает сомнений*.

В условиях чрезвычайного положения возможно продление до 3 месяцев срока содержания под стражей лиц, задержанных по подозрению в совершении особо тяжких преступлений (п. «ж» ст. 12 Федерального конституционного закона от 30.05.2001 № 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении»)¹. Продлевать срок задержания должен суд,

¹ Федеральный конституционный закон (ФКЗ) имеет большую юридическую силу, чем федеральный закон, поэтому при противоречии федерального закона — УПК РФ и ФКЗ «О чрезвычайном положении» применяется последний.

поскольку правосудие осуществляется только судом даже в условиях чрезвычайного положения.

По первым двум из указанных оснований освобождать подозреваемого, по общему правилу, должен орган, принявший решение о задержании. Третье основание освобождения применяется контролирующим органом (начальником органа дознания, руководителем следственного органа, прокурором, судом). В связи с истечением срока задержания освободить подозреваемого должен начальник места содержания под стражей. Он уведомляет об этом орган, ведущий производство по делу, и прокурора (ч. 3 ст. 94 УПК; ч. 3 ст. 50 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»).

При освобождении задержанному вручаются: копия определения или постановления суда об отказе в удовлетворении ходатайства органов уголовного преследования об избрании в отношении подозреваемого меры пресечения в виде заключения под стражу (если такое решение принималось судом); справка о задержании. В справке указывается, кем он был задержан, основания, место и время задержания, основания и время освобождения (ч. 5 ст. 94 УПК).

§ 3. МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ: ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

1. Понятие мер пресечения

Процессуальный закон подробно регламентирует меры пресечения (гл. 13 УПК), однако не дает их определения. Меры пресечения выделяются среди других мер процессуального принуждения следующими признаками.

1. Меры пресечения применяются только к обвиняемому и в исключительных случаях к подозреваемому¹, в то время как иные меры принуждения могут применяться к достаточно широкому кругу участников процесса (свидетелю, потерпевшему, владельцу арестовываемого имущества и т.д.).

2. Содержание мер пресечения состоит в том, что они на довольно длительный период ограничивают личную свободу обвиняемого (свободу передвижения, общения, совершения определенных действий). Иногда ограничение личной свободы доходит до изоляции от общества (домашний арест, заключение под стражу). Даже такая, казалось бы, «имущественная» мера пресечения, как залог, под угрозой утраты денежной суммы обязует обвиняемого к ограничению своей личной свободы. Суть залога не в том, что ограничиваются имущественные права, а в том, что таким способом обеспечивается желательное для правосудия поведение обвиняемого. Надлежащее поведение обвиняемого прежде всего связано с его личным присутствием при производстве процессуальных действий. Таким образом, любая мера пресечения обеспечивает личное присутствие обвиняемого при производстве по делу, даже если возможное наказание и не связано с лишением свободы. В гражданском процессе, напротив, меры обеспечения иска носят не личный, а имущественный характер, ограничивая свободу владения, пользования, распоряжения имуществом.

3. Меры пресечения применяются со строго определенными целями — пресечь возможные процессуальные нарушения со стороны обвиняемого: а) его сокрытие от

¹ Ниже упоминание подозреваемого как объекта применения мер пресечения мы опускаем, если это особо не оговорено.

органов, ведущих производство; б) продолжение им преступной деятельности; в) воспрепятствование с его стороны установлению обстоятельств дела; г) обеспечение исполнения приговора (ст. 97).

Таким образом, меры пресечения можно определить как процессуальные средства ограничения личной свободы обвиняемого, а в исключительных случаях подозреваемого, применяемые для предотвращения возможных процессуальных нарушений с их стороны, а также для обеспечения исполнения приговора.

2. Основания избрания и условия применения мер пресечения

Основание избрания мер пресечения есть обоснованное предположение о возможном процессуальном нарушении со стороны обвиняемого. Поскольку процессуальное нарушение — обстоятельство будущего, то основания этих мер имеют прогностический характер, ведь будущее нарушение всегда лишь вероятно. Этот момент вызывает дискуссию в теории и сложности при практическом применении.

Основания для применения мер пресечения должны быть установлены процессуальными доказательствами, указывающими на конкретные факты, иначе ограничение личной свободы будет необоснованным.

Рассмотрим подробнее каждое из оснований (ст. 97).

1. Доказательства того, что обвиняемый может скрыться от дознания, предварительного расследования или суда. В качестве таких доказательств могут быть сведения о прошлых фактах аналогичного поведения: покушении на побег, оказании сопротивления при задержании, нарушении ранее избранной меры пресечения, неявках по вызову без уважительных причин, длительном нахождении в розыске по другим делам. На возможность сокрытия обвиняемого косвенно могут указывать и другие обстоятельства, например отсутствие у него постоянного места жительства.

2. Доказательства того, что обвиняемый может продолжать заниматься преступной деятельностью. Пока продолжается преступление, разбирательство по нему невозможно, потому что уголовный процесс ведется по поводу прошлых событий. Однако опасность совершения обвиняемым других, новых преступлений справедливо оспаривается как основание для избрания меры пресечения. Ограничение личной свободы обвиняемого «не-соизмеримо с вероятным злом совершения им нового преступления уже потому, что последнее может не наступить», — писал И.Я. Фойницкий¹. Вывод о возможности совершения других преступлений противоречит презумпции невиновности, которая предполагает невиновность даже в прошлых преступлениях, не говоря уже о будущих (ст. 49 Конституции РФ, ст. 14 УПК). Кроме того, основанием избрания меры пресечения является угроза процессуальных, а не материальных нарушений². Поэтому возможные преступные посягательства обвиняемого (например, в отношении потерпевшего, свидетеля, следователя или судьи) — это скорее воспрепятствование производству по данному делу, т.е. другое основание для избрания меры пресечения.

3. Доказательства о том, что обвиняемый может воспрепятствовать производству по делу, в том числе выяснению истины. Однако расширительное толкование опасности действий обвиняемого ведет для него к неоправданным лишениям. В состязании

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 330.

² См.: Смирнов А.В. Состязательный процесс. С. 92.

тельном процессе обвиняемый не обязан помогать органам уголовного преследования выявить истину. Его отказ от дачи показаний или дача ложных показаний не могут быть основанием для применения или ужесточения меры пресечения. Обвиняемый как сторона процесса вправе использовать любые не запрещенные законом средства и способы для защиты от обвинения (п. 21 ч. 4 ст. 47).

Воспрепятствование производству по делу может служить основанием для применения меры пресечения лишь при создании обвиняемым себе несправедливых преимуществ, нарушении им уголовно-процессуальной процедуры. Общественная опасность такого нарушения иногда способна сделать его преступлением и повлечь дополнительное уголовное преследование (воспрепятствование осуществлению правосудия и производству предварительного расследования — ст. 294 УК РФ; посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное расследование, — ст. 295 УК РФ; угроза или насильственные действия в связи с осуществлением правосудия или производством предварительного расследования — ст. 296 УК РФ; провокация или дача взятки — ст. 304, 291 УК РФ; подкуп или принуждение к даче показаний или уклонению от дачи показаний либо к неправильному переводу — ст. 309 УК РФ). Действия, препятствующие производству по делу, могут и не носить преступного характера, но могут нарушать процессуальные «правила игры», например уничтожение следов преступления на месте происшествия. О наличии возможного воспрепятствования производству по делу могут свидетельствовать служебная или личная зависимость свидетеля или потерпевшего от обвиняемого, его высокое должностное положение.

Вероятность незаконного противодействия выяснению истины уменьшается вместе с движением уголовного дела (закреплением следов), поэтому с завершением предварительного расследования надобность меры пресечения по этому основанию может отпасть¹.

4. Обеспечение исполнения приговора как основание для применения меры пресечения может иметь место, когда по делу уже вынесен обвинительный приговор с назначением наказания, но он еще не вступил в законную силу (не обращен к исполнению).

Условия применения меры пресечения делятся на общие и специальные. Общие условия такие же, как и для всякого процессуального принуждения (наличие возбужденного и неприостановленного уголовного дела, надлежащий субъект, отсутствие служебного иммунитета у обвиняемого).

Специальным условием меры пресечения является наличие доказательств виновности лица в совершении преступления. Пленум Верховного Суда РФ в п. 14 своего постановления от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» пояснил, что «наличие обоснованного подозрения в том, что заключенное под стражу лицо совершило преступление, является необходимым условием для законности ареста»².

¹ См.: Решение Европейского Суда по правам человека по делу Clooth v. Belgique (Клоот против Бельгии) от 12.12.91 г. / пер. с англ. С.А. Беляева // <http://www.garant.ru>

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12. Аналогичные выводы содержатся и в решении Европейского Суда по делу Фокса, Кэмпбелла и Хартли против Соединенного Королевства от 30.08.90 г. // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 2. М., 2000. С. 35; решение по делу Клоот против Бельгии от 12.12.91 г. // <http://www.garant.ru>

Это условие соблюдается автоматически, когда мера пресечения применяется в отношении обвиняемого, так как основанием для вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого или для обвинительного акта являются достаточные доказательства его виновности. При применении меры пресечения в отношении подозреваемого условие в виде наличия определенных доказательств его виновности особенно значимо, так как подозреваемый — это лицо, обвинение которому еще не предъявлено, следовательно, к ограничению мерой пресечения его прав и свобод необходимо подходить особенно осторожно и тщательно.

Обстоятельства, учитываемые при избрании меры пресечения, иначе называют мотивами их применения. Статья 99 УПК называет среди них тяжесть преступления, сведения о личности подозреваемого или обвиняемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий. Этот перечень не исчерпывающий, к нему можно отнести наличие: обстоятельств, смягчающих или отягчающих наказание (ст. 61, 62 УК РФ); постоянного места жительства; иждивенцев; государственных наград; угрозы для обвиняемого или его близких в связи со стихийным бедствием, тяжелой болезнью или смертью единственного трудоспособного члена семьи (ст. 398 УПК); отрицательного поведения в быту; фактов привлечения к административной ответственности; высокого социального и имущественного положения обвиняемого; чрезвычайного или военного положения в данной местности; стихийных бедствий, ограниченной дееспособности и т.д.

Эти обстоятельства устанавливаются, как правило, с помощью уголовно-процессуальных доказательств, но могут быть и общеизвестными, например военное положение в данной местности.

Указанные обстоятельства при избрании меры пресечения учитываются двояко. Во-первых, они могут служить косвенными доказательствами наличия или отсутствия общих оснований избрания мер пресечения. Так, тяжкое обвинение, неустановленность личности, отсутствие постоянного места жительства подтверждают возможность сокрытия обвиняемого. Во-вторых, эти факты влияют на выбор той или иной меры пресечения (возможность внести залог, наличие поручителей).

3. Избрание меры пресечения в отношении подозреваемого

В отношении подозреваемого любая мера пресечения избирается в исключительных случаях (ст. 100 УПК). Исключительность обусловлена тем обстоятельством, что подозрение (в отличие от обвинения) еще не позволяет обвинителю однозначно утверждать о виновности определенного лица. Другими словами, на момент избрания меры пресечения сам обвинитель еще не уверен в том, что преступление совершено именно этим лицом. С формально-юридической стороны мера пресечения избирается в отношении подозреваемого, когда еще недостаточно доказательств для вынесения постановления о привлечении этого лица в качестве обвиняемого. Отсутствие обвинения (постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого) означает отсутствие точной юридической оценки деяния — квалификации, которая при возбуждении дела имеет предварительный характер. Поэтому в отношении подозреваемого трудно проконтролировать соблюдение всех условий законности применения меры пресечения. Тяжесть подозрения может быть завышена, данных о личности в силу неотложной ситуации может не хватать.

Исключительность избрания меры пресечения в отношении подозреваемого означает наличие неотложной ситуации расследования, т.е. таких обстоятельств, когда неприменение меры пресечения реально повлечет невозможные утраты для дела (исчезновение следов, сокрытие подозреваемого).

Необходимым условием применения меры пресечения является наличие доказательств виновности подозреваемого. Хотя они *еще не могут обосновать обвинение, но уже должны обосновывать подозрение*. На практике следует ориентироваться на основания задержания лица в качестве подозреваемого — классический фундамент подозрения (ст. 91). Игнорирование этого условия может привести к неверному впечатлению, что к любому лицу (например, свидетелю) можно применить меру пресечения, и оно станет подозреваемым, так как согласно закону подозреваемым признается, в частности, лицо, в отношении которого применена мера пресечения до предъявления ему обвинения (ст. 46).

В связи с исключительным характером избрания меры пресечения в отношении подозреваемого закон ограничивает срок ее действия — 10 суток. Этот срок исчисляется с момента применения меры пресечения, а если подозреваемый был сначала задержан и затем заключен под стражу — то с момента задержания (ст. 100).

Не позднее 10 суток с момента применения меры пресечения подозреваемому должно быть предъявлено обвинение.

Однако ч. 2 ст. 100 УПК (в ред. от 22.04.2004 г.) допускает 30-суточный срок действия меры пресечения в отношении подозреваемого в совершении хотя бы одного из 10 тяжких и особо тяжких преступлений, перечисленных в названной статье (например, терроризма — ст. 205 УК РФ, бандитизма — ст. 209 УК, посяательства на жизнь государственного или общественного деятеля — ст. 277 УК и др.).

4. Порядок избрания, применения, отмены и изменения меры пресечения

Действие меры пресечения складывается из ее избрания и применения.

Избрание — принятие решения о мере пресечения (п. 13 ст. 5) в общем виде регулируется ст. 101. При наличии оснований, условий и мотивов выносится мотивированное постановление (а судом — определение) об избрании конкретной меры пресечения. Копия этого постановления вручается лицу, в отношении которого оно вынесено, а также его представителям по их просьбе. Обвиняемому (подозреваемому) разъясняется порядок обжалования решения о мере пресечения. При этом следует учесть, что избрание меры пресечения не обязательно. Если отсутствуют основания для избрания меры пресечения, то от обвиняемого или подозреваемого отбирается обязательство о явке (ст. 112).

Существуют две принципиально противоположных процедуры избрания меры пресечения: состязательная и розыскная. В публично-состязательном судопроизводстве (каковым провозглашается российский уголовный процесс — ст. 123 Конституции РФ, ст. 15 УПК) все меры пресечения должны были бы избираться в состязательном порядке, когда одна сторона (обвинитель) ходатайствует о применении меры пресечения перед независимым арбитром (судом, судебным следователем), а другая сторона (защита) вправе возражать и оспаривать обоснованность этой меры. Но в современном российском законодательстве это условие выдержано лишь для избрания в качестве меры пресечения заключения под стражу и домашнего ареста и залога (ст. 108 УПК).

Розыскной порядок состоит в том, что мера пресечения избирается ведущим процесс органом по своей инициативе. Так происходит в российском уголовном процессе при применении всех остальных мер пресечения следователем, дознавателем, органом дознания, прокурором в стадии предварительного расследования. Этим нарушается коренное правило состязательного процесса — равноправие сторон. Сторона обвинения (следователь) избирает в отношении стороны защиты (обвиняемого) меру пресечения. Но равноправные субъекты не отдадут друг другу обязательные для исполнения приказы. Розыскная процедура применения процессуального принуждения может быть оправдана только в неотложных ситуациях.

Не способствует состязательности и инициатива суда в применении меры пресечения. В исковом процессе действия суда всегда должны находиться в пределах иска (жалобы, ходатайства, обвинения). Действующий УПК разрешает суду избирать меру пресечения без ходатайства обвинителя (в том числе и вопреки его желанию — ч. 10 ст. 108, ч. 3 ст. 237, ст. 255). Однако в силу прямого действия ст. 123 Конституции РФ суд не должен избирать меру пресечения, если государственный или частный обвинитель против нее возражает.

Дознаватель и следователь избирают или изменяют меру пресечения по делу, принятому к своему производству. При этом процессуальный закон не предусматривает получения письменного согласия начальника органа дознания для избрания меры пресечения дознавателем. Он вправе избрать или изменить меру пресечения при утверждении обвинительного заключения (ч. 2 ст. 221) или при принятии дела к своему производству. Прокурор вправе дать письменное указание следователю и дознавателю об избрании меры пресечения. Руководитель следственного органа может принять дело к своему производству в качестве следователя или дать следователю указание об избрании меры пресечения. Суд принимает решение о мере пресечения в досудебном производстве по ходатайству органов уголовного преследования (заключение под стражу, домашний арест, залог); отменяет меру пресечения по жалобе стороны защиты. В судебном производстве вопрос о мере пресечения решает суд.

Решение об избрании меры пресечения вступает в силу с момента вынесения, за исключением случаев, когда требуется получение судебного решения или санкции прокурора. Так, решение дознавателя или следователя об избрании залога вступает в силу после получения санкции прокурора, а решение об избрании домашнего ареста или заключения под стражу допускается только по судебному решению.

Применение меры пресечения — это процессуальные действия, осуществляемые с момента принятия решения об избрании меры пресечения до ее отмены или изменения (п. 28 ст. 5). Совокупность процессуальных действий по выполнению принятого решения об избрании конкретной меры пресечения регулируется ст. 102—109 и зависит от ее вида. Так, применение меры пресечения может состоять в помещении под стражу, принятии залога, взятии подписки.

Отмена или изменение меры пресечения регулируется ст. 110 УПК. Мера пресечения отменяется или изменяется на другую при отпадении либо изменении оснований для ее применения.

Мера пресечения отменяется в случаях:

1) признания незаконным или необоснованным первоначального решения об избрании меры пресечения. Как правило, это происходит при рассмотрении соответствующих жалоб вышестоящей инстанцией. Отмена меры пресечения по данному

основанию обосновывает право обвиняемого (подозреваемого) на возмещение причиненного вреда этой мерой пресечения (ч. 3 ст. 133);

2) отпадения необходимости в ее применении. Это может быть связано с достижением целей меры пресечения (надлежащего поведения обвиняемого или подозреваемого), отпадением оснований (ст. 97) или мотивов (ст. 99) ее применения. Например, обвиняемый заболел тяжелой болезнью, и нет оснований опасаться процессуальных нарушений с его стороны;

3) отпадения общих условий для применения меры пресечения: когда прекращается уголовное дело или уголовное преследование конкретного лица — ст. 213, 239; постановляется оправдательный приговор или приговор, не связанный с назначением наказания, — ст. 306, 311; обвинительный приговор обращается к исполнению — ч. 4 ст. 390, ст. 393; приостанавливается уголовное дело (кроме меры пресечения в отношении скрывшегося обвиняемого);

4) отпадения специальных условий для применения конкретных мер пресечения: истекает 10-суточный срок применения меры пресечения в отношении подозреваемого, которому не было предъявлено обвинение (ст. 100); обвиняемый, поручители, залогодатели отказываются от своих обязательств (ст. 102—106); прекращается статус военнослужащего при наблюдении командования воинской части (ст. 104); наступает совершеннолетие при присмотре за несовершеннолетним обвиняемым (ст. 105); истекает срок содержания под стражей или под домашним арестом (ст. 109).

Мера пресечения может быть изменена на более строгую или более мягкую. Избрание более строгой меры пресечения возможно при появлении дополнительных обстоятельств, устанавливающих: а) возможность совершения обвиняемым (подозреваемым) процессуального нарушения; б) неспособность прежней меры пресечения обеспечить надлежащее поведение обвиняемого или подозреваемого (ст. 97, 99). Так, согласно ч. 2 ст. 238 суд *обязательно* избирает заключение под стражу в отношении скрывшегося обвиняемого, не содержащегося под стражей.

Изменение меры пресечения на более мягкую допускается при наличии общих оснований, условий и мотивов ее избрания, когда прежняя, более строгая мера пресечения отменяется в связи с: а) отменой вышестоящей инстанцией; б) отпадением необходимости в применении; в) отпадением специальных условий. Например, вместо заключения под стражу избирается подписка о невыезде в связи с истечением срока содержания под стражей.

Решение об отмене или изменении меры пресечения оформляется мотивированным постановлением дознавателя, следователя, прокурора¹, судьи или определением суда. При этом закон ограничивает компетенцию должностных лиц по изменению мер пресечения, устанавливая правило: мера пресечения, избранная в ходе досудебного производства следователем с согласия руководителя следственного органа либо дознавателем с согласия прокурора, может быть отменена или изменена только с согласия этих лиц (ч. 3 ст. 110). Однако это правило не распространяется на отмену меры пресечения в связи отпадением условий ее применения. Например, при прекращении дела отменяется любая мера пресечения.

Обжалование решения об избрании меры пресечения является важной гарантией соблюдения прав граждан. Право подачи жалобы принадлежит лицам, чьи интересы

¹ Прокурор уполномочен отменить меру пресечения в виде заключения под стражу в связи с истечением ее срока (ч. 2 ст. 10 УПК РФ).

нарушены избранной мерой пресечения. В том числе подать жалобу может лицо, в отношении которого мера пресечения избрана, но еще не исполнена¹.

Постановления следователя и дознавателя могут быть обжалованы руководителем следственного органа, постановления дознавателя — прокурору (ст. 124 УПК). Заинтересованные лица вправе подать жалобу и непосредственно в суд (ст. 125). Право судебного обжалования меры пресечения, не связанной с заключением под стражу, подтверждено решением Конституционного Суда РФ². Решения суда первой инстанции об избрании или изменении меры пресечения могут быть обжалованы в течение 3 суток в кассационном порядке (если это домашний арест и заключение под стражу — ч. 11 ст. 108) или 10 суток в апелляционном или кассационном порядке (все остальные меры пресечения)³. Подача жалобы не приостанавливает применение меры пресечения.

5. Система мер пресечения

Закон предусматривает семь мер пресечения, располагая их по степени интенсивности принуждения: 1) подписка о невыезде; 2) личное поручительство; 3) наблюдение командования воинской части; 4) присмотр за несовершеннолетним обвиняемым; 5) залог; 6) домашний арест; 7) заключение под стражу.

Систематизация мер пресечения складывается на основе нескольких их классификаций. Взяв за основу наиболее, на наш взгляд, удачный подход проф. М.А. Чельцова⁴, систему мер пресечения можно представить следующим образом.

По виду принуждения меры пресечения делятся на *физически-принудительные* и *психолого-принудительные*. Физически-принудительные меры пресечения — заключение под стражу (ст. 108) и домашний арест (ст. 107) — физически ограничивают личную свободу обвиняемого, изолируя его от общества. Они избираются и применяются непосредственно к обвиняемому без согласия заинтересованных лиц. Прямое ограничение личной неприкосновенности требует состязательной процедуры избрания таких мер пресечения. С тяжестью данных мер пресечения связано и специальное ограничение срока их применения (ст. 109).

Остальные меры пресечения относятся к психологически-принудительным. Они ограничивают личную свободу обвиняемого психическим воздействием. Эти меры не связаны с изоляцией от общества, избираются и применяются при согласии заинтересованных лиц (а иногда только по их ходатайству), без специально установленного срока.

Избрание и применение психолого-принудительных мер пресечения регулируется Стандартными минимальными правилами ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила), принятыми Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 14.12.90 № 45/110. Согласно п. 3.4 этих Правил не связанные

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 03.05.95 № 4-П по делу о проверке конституционности ст. 220¹ и 220² УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В.А. Аветяна // Российская газета. 12.05.95 г.

² См. определение Конституционного Суда РФ от 17.02.2000 № 84-О по жалобе граждан Лазарева А.В., Русановой Е.С. и Эрнезакса О.В. на нарушение их конституционных прав рядом положений статей 201, 202, 218 и 220 УПК РСФСР // СЗ РФ. 2000. № 28.

³ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 02.07.98 № 20-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР в связи с жалобами ряда граждан // Российская газета. 14.07.98 г.

⁴ Подробнее см.: Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. М., 1948. С. 334—335.

с тюремным заключением меры, которые налагают какое-либо обязательство на обвиняемого (подозреваемого) и применяются до формального разбирательства или суда или вместо них, требуют согласия обвиняемого (подозреваемого).

Итак, суть психолого-принудительных мер пресечения состоит в том, что на обвиняемого возлагается моральное обязательство надлежащего поведения. Это обязательство может возлагаться на обвиняемого с помощью психологического воздействия, направленного непосредственно на него или опосредованно, через третьих лиц. Психолого-принудительные меры пресечения могут обеспечиваться одним из трех способов: личным обещанием, имущественной ответственностью и действиями третьих лиц. При этом нельзя упускать из виду, что все психолого-принудительные меры пресечения обеспечиваются угрозой применения более строгой меры пресечения в случае процессуальных нарушений со стороны обвиняемого (ст. 110 УПК). Однако эта санкция преследует скорее не карательные, а восстановительные цели — обеспечение надлежащего поведения обвиняемого.

С учетом указанных признаков психолого-принудительные меры пресечения можно разделить на три группы:

1) основанные на личном обещании самого обвиняемого. Это подписка о невыезде и надлежащем поведении (ст. 102). Подписка считается самой легкой мерой пресечения, поскольку ее содержание состоит в моральном обязательстве обвиняемого;

2) основанные на имущественной ответственности: залог (ст. 106). Когда залог вносится самим обвиняемым, его надлежащее поведение обеспечивается угрозой утраты имущества. Однако залог может быть внесен третьим лицом (залогодателем). В этом случае надлежащее поведение обвиняемого должно обеспечиваться действиями залогодателя в отношении обвиняемого (как в следующей, третьей группе мер пресечения). В процессуальном законе эти действия не упоминаются, и эффективность залога как меры пресечения ограничивается моральным долгом обвиняемого перед залогодателем. Залог реально ограничивает права по владению, пользованию и распоряжению имуществом, поэтому считается самой строгой из всех психолого-принудительных мер пресечения и применяется по судебному решению;

3) основанные на действиях третьих лиц. К этой группе относятся личное поручительство (ст. 103), наблюдение командования воинской части (ст. 104), присмотр за несовершеннолетним подозреваемым или обвиняемым (ст. 105) и залог, вносимый третьим лицом (ч. 3 ст. 106). Поручительство здесь выступает как родовое понятие. По характеристике правового статуса обвиняемого эти меры пресечения делятся *на общие и специальные*. Специальные меры пресечения (есть специальные виды поручительства) применяются при особых признаках обвиняемого: несовершеннолетие (присмотр за ним) и прохождение действительной военной службы (наблюдение командования).

Данная группа психолого-принудительных мер пресечения состоит в непроцессуальных действиях иных лиц, обеспечивающих надлежащее поведение обвиняемого. Поэтому эти лица должны быть действительно способны положительно влиять на обвиняемого. При невыполнении возложенных обязанностей к ним могут быть применены карательные меры: денежное взыскание с поручителей и лиц, присматривающих за несовершеннолетним; обращение в доход государства залога. При применении этих мер пресечения возникают сложные отношения. На обвиняемого возлагаются обязательства не только перед ведущими процесс органами, но и перед третьими ли-

цами, которые, в свою очередь, подотчетны субъектам, осуществляющим производство по делу.

Система различных мер пресечения позволяет избрать именно ту меру, которая в каждом конкретном случае обеспечивала бы надлежащее поведение обвиняемого (подозреваемого) и при этом минимально ограничивала бы его права и свободы (п. 2.3 Токийских правил).

§ 4. ПСИХОЛОГО-ПРИНУДИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ

1. Подписка о невыезде и надлежащем поведении

Подписка о невыезде и надлежащем поведении на практике применяется чаще других мер пресечения. Она предусмотрена ст. 102 УПК и состоит в письменном обязательстве обвиняемого не покидать постоянное или временное место жительства без разрешения дознавателя, следователя, прокурора и суда; в назначенный срок являться по их вызовам; иным путем не препятствовать производству по делу. Как и любая мера пресечения, подписка о невыезде преследует все их цели, в том числе пресечение продолжения преступной деятельности (ст. 97). Систематическое толкование ст. 97 и 102 позволяет сформулировать понятие надлежащего поведения обвиняемого. Надлежащее поведение обвиняемого в данном случае — это выполнение им процессуальных обязанностей: своевременно являться по вызову, не продолжать преступную деятельность, не препятствовать выяснению истины по делу и исполнению приговора. Надлежащее поведение обвиняемого обусловлено с его личным присутствием при производстве процессуальных действий.

Подписку о невыезде следует отличать от сходного с ней обязательства о явке. Обязательство о явке есть разъяснение обязанности являться по вызову. Оно не относится к мерам пресечения, может применяться к свидетелю и потерпевшему, не требует наличия возбужденного дела и вынесения постановления, не запрещает лицу покидать место его пребывания (ст. 112). После вынесения приговора, но до его вступления в законную силу от осужденного отбирают подписки о явке в уголовно-исполнительную инспекцию, о добровольной уплате штрафа, которые также не являются мерами пресечения.

Специальным условием избрания подписки о невыезде служит наличие постоянного или временного места жительства. Согласно ст. 2 Закона РФ от 25.06.93 г. «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» место жительства — это любое жилое помещение, в котором гражданин проживает на законных основаниях. Регистрация по месту жительства или пребывания является одним из доказательств наличия места жительства или пребывания. Регистрация имеет уведомительный характер, и одно лишь ее отсутствие не может служить основанием для ограничения прав граждан.

Подписка о невыезде и надлежащем поведении может оказаться неэффективной при «кочевом» характере жизни или работы обвиняемого. Обычно подписку о невыезде не отбирают от проводников поезда, летчиков, участников геолого-разведочных экспедиций.

Подписка о невыезде имеет психолого-принудительный характер, является личным обещанием и потому может применяться лишь с согласия обвиняемого (п. 3.4 Токийских правил). Отказ дать подписку о невыезде служит косвенным подтверждением намерения скрыться и при наличии иных оснований и условий может повлечь избрание более строгой меры пресечения.

Подписка о невыезде — самая легкая из всех мер пресечения. В связи с этим она, как правило, избирается в отношении обвиняемых, которым не грозит тяжкое наказание. На практике сформировался обычай применять ее к каждому обвиняемому, если не избирается иная, более строгая мера пресечения. Таким образом, основания для избрания подписки о невыезде практически презюмируются. Это противоречит процессуальному закону, который предусматривает основания для избрания любой меры пресечения (ст. 97). При отсутствии оснований вместо меры пресечения необходимо отбирать обязательство о явке (ст. 112).

При применении подписки о невыезде кроме вынесения постановления требуется составить саму подписку — письменное обязательство обвиняемого. При этом ему следует письменно разъяснить подробное содержание обязанности надлежащего поведения, в том числе: обязанность сообщать о месте своего пребывания, об изменении этого места в пределах населенного пункта или данной местности; не продолжать противоправную деятельность. Обвиняемый предупреждается о том, что при нарушении им этих обязательств может быть избрана более строгая мера пресечения.

Применение подписки о невыезде может сопровождаться дополнительными мерами обеспечения надлежащего поведения обвиняемого: уведомлением участкового инспектора милиции по месту жительства обвиняемого, паспортной службы, военкомата, руководства предприятия или организации, в которых работает обвиняемый.

В силу отличий подписки о невыезде от домашнего ареста запрет покидать место жительства означает запрет оставлять населенный пункт (район местности), в пределах которого находится дом, квартира или иное место пребывания обвиняемого. Ему не может быть запрещено выходить из дома, проводить ночь или выходные на даче (в пределах того же населенного пункта) и т.д. Противоречит закону практика, когда обвиняемого (подозреваемого) обязывают периодически (еженедельно или даже ежедневно) отмечаться у следователя, дознавателя, прокурора или в суде. Каждый вызов обвиняемого или подозреваемого должен быть обоснован необходимостью его участия в конкретных процессуальных действиях.

2. Личное поручительство

Мировая практика позволяет выделять несколько видов поручительства: личное, имущественное, общественное, должностное, законное. *Имущественное поручительство* характерно для гражданского права как способ обеспечения исполнения обязательств (ст. 361 ГК РФ). Его аналог существовал в российском уголовном процессе до 1960 г., когда поручитель отвечал определенной частью своего имущества, вносимой после побега обвиняемого. *Институт общественного поручительства* предусматривался УПК РСФСР и РФ с 1924-го по 2001 г. По нему организация, в которой состоял обвиняемый, брала обязательство обеспечения его надлежащего поведения. На практике общественное поручительство оказалось неэффективным и почти не применялось. *Должностное поручительство*

состоит в том, что поручитель в силу своего служебного (должностного) положения обязуется обеспечить надлежащее поведение подчиненного ему обвиняемого. Эта процессуальная обязанность соответствует его служебному долгу. По действующему законодательству к должностному поручительству можно отнести наблюдение командования воинской части и присмотр за несовершеннолетним администрации закрытых детских учреждений. *Законное поручительство* складывается при осуществлении присмотра за несовершеннолетними лицами, которые в силу гражданского права являются его законными представителями.

Личное поручительство по действующему УПК состоит в письменном обязательстве заслуживающего доверия лица о том, что оно ручается за надлежащее поведение обвиняемого (ст. 103). Личное поручительство в меньшей степени, чем подписка о невыезде, ограничивает свободу передвижения. Обвиняемый также должен являться по вызовам, сообщать о перемене места жительства, однако вправе покидать его без разрешения следователя.

Надлежащее поведение обвиняемого обеспечивается непроцессуальными действиями личного поручителя (например, моральным воздействием). Специальным условием избрания данной меры пресечения является наличие одного или нескольких лиц, желающих и *реально способных* обеспечить надлежащее поведение обвиняемого. О такой реальной способности свидетельствуют две группы обстоятельств. Во-первых, поручитель заслуживает общественное доверие, в том числе доверие следователя (имеет стабильное социальное положение, пользуется уважением, авторитетом, ранее не допускал нарушения закона). Во-вторых, поручитель заслуживает доверие у самого обвиняемого (между ними хорошие личные отношения, обвиняемый находится под влиянием поручителя). Необходимость получения значительного объема данных о личности поручителя и обвиняемого практически исключает применение данной меры пресечения в неотложных ситуациях, т.е. в отношении подозреваемого в порядке ст. 100 УПК.

Особенности избрания личного поручительства связаны с обязательным наличием письменного ходатайства одного или нескольких поручителей и согласия самого обвиняемого. Согласие обвиняемого подтверждает его доверие поручителю и свидетельствует о главном содержании любой психолого-принудительной меры пресечения — о том, что обвиняемый берет на себя моральное обязательство надлежащего поведения, которое поручителем только гарантируется (обеспечивается). Отказ от поручительства влечет замену поручителей, применение другой меры пресечения или отмену меры пресечения.

Кроме мотивированного постановления об избрании личного поручительства требуется составить само письменное обязательство — подписку о личном поручительстве. При этом поручителю разъясняется сущность обвинения (подозрения), его права и обязанности. Поручитель предупреждается о возможной ответственности в виде денежного взыскания при нарушении обвиняемым условий меры пресечения. Выполнение этих действий должно быть отражено в тексте подписки или в отдельном протоколе. При применении личного поручительства обвиняемого целесообразно предупредить о том, что при нарушении условий данной меры пресечения она может быть изменена на более строгую.

В случае невыполнения поручителем своих обязательств на него может быть судом наложено денежное взыскание в размере до 100 минимальных размеров оплаты труда. Это уголовно-процессуальная ответственность за уголовно-процессуальное

правонарушение, необходимым элементом которого является вина. Поэтому теоретически кроме факта нарушения обвиняемым меры пресечения требуется доказать вину и бездействие поручителя, недобросовестность исполнения им своих обязанностей. Однако на практике это доказать очень сложно, поскольку действия поручителя, обеспечивающие надлежащее поведение обвиняемого, имеют непроцессуальный характер, точно не предусмотрены законом. Проблема решается с помощью презумпции виновности: поручитель освобождается от ответственности, если докажет, что добросовестно выполнял свои обязательства (несмотря, например, на то, что обвиняемый скрылся).

3. Наблюдение командования воинской части

Наблюдение командования воинской части состоит в принятии мер, предусмотренных уставами Вооруженных Сил РФ, к военнотружашему или призванному на военные сборы обвиняемому для обеспечения его надлежащего поведения (ст. 104 УПК).

Специальным условием избрания данной меры пресечения является особый статус обвиняемого (подозреваемого) — прохождение им военной службы (по призыву или контракту) или призыв на военные сборы¹. Обычно наблюдение командования воинской части избирается в отношении солдат, матросов, сержантов, старшин, прапорщиков и мичманов, реже — офицеров. Данная мера пресечения эффективна, когда обвиняемый находится на казарменном положении.

При прекращении статуса военнотружашего (демобилизация, увольнение) данная мера пресечения подлежит отмене или изменению.

В соответствии с уставами Вооруженных Сил РФ (внутренней службы, дисциплинарным, гарнизонной и караульной службы)² к военнотружашему обвиняемому могут быть применены такие меры, как лишение права ношения оружия, постоянное пребывание под наблюдением своих начальников или суточного наряда, запреты на направления на работу вне части в одиночном порядке, на назначение в караул и другие ответственные наряды, на увольнения из части, на отпуск. До разрешения уголовного дела обвиняемый может быть отстранен от занимаемой воинской должности и передан в распоряжение командира — начальника (ч. 4 ст. 42 Закона «О воинской обязанности и военной службе»). Принятые к военнотружашему меры объявляются приказом командира части.

Наблюдение командования воинской части как разновидность поручительства обладает всеми его признаками, в том числе необходимостью получения согласия обвиняемого на избрание данной меры пресечения, поскольку главное в психолого-принудительных мерах пресечения — обязательство самого обвиняемого. Однако согласие или ходатайство командования не требуется, поскольку обеспечение надлежащего поведения обвиняемого входит в должностные обязанности командира (должностное поручительство).

¹ О понятии военнотружашего см. федеральные законы: от 27.05.98 г. «О статусе военнотружаших» (ст. 2) (Российская газета. 02.06.98 г.); от 28.03.98 г. «О воинской обязанности и военной службе» (ст. 2) (Российская газета. 02.04.98 г.).

² Указ Президента РФ от 14.12.93 № 2140 (в ред. от 03.08.2005 г.) // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 51. Ст. 4931.

При избрании данной меры пресечения постановление об этом направляется командованию воинской части, которому разъясняются существо уголовного дела и его права и обязанности. Факт разъяснения отражается в протоколе или подписке. На практике постановление объявляется соответствующему начальнику, который докладывает рапортом командиру части об установлении наблюдения. Справка (рапорт) начальника об установлении наблюдения приобщается к материалам уголовного дела. Командование воинской части обязано немедленно сообщить органу, избравшему меру пресечения, о нарушении ее условий обвиняемым.

При недобросовестном исполнении наблюдения соответствующий начальник может быть подвергнут дисциплинарному взысканию.

4. Присмотр за несовершеннолетним обвиняемым

Присмотр за несовершеннолетним обвиняемым также является разновидностью поручительства и потому обладает всеми его признаками (ст. 105 УПК). Присмотр состоит в обеспечении по письменному обязательству надлежащего поведения несовершеннолетнего обвиняемого тремя категориями лиц: 1) родителями, опекунами или попечителями (это «законное» поручительство); 2) другими заслуживающими доверия лицами (как при обычном личном поручительстве); 3) должностными лицами специализированного детского учреждения, в котором находится несовершеннолетний (должностное поручительство).

Специальным условием данной меры пресечения является недостижение обвиняемым на момент производства по делу возраста 18 лет. Несовершеннолетие обвиняемого определяет его неполную дееспособность, которая восполняется дееспособностью родителей, усыновителей, опекунов, попечителей или администрации специализированных детских учреждений. Эти лица обеспечивают надлежащее поведение несовершеннолетнего в силу обязанностей воспитания, предусмотренных нормами семейного (ст. 63 СК РФ), гражданского права (ст. 31 ГК РФ), законодательства о профилактике правонарушений несовершеннолетних (Федеральный закон от 24.06.99 г. «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»). Из этого вытекают следующие особенности присмотра за несовершеннолетним.

Во-первых, приобретение несовершеннолетним дееспособности в полном объеме (в силу вступления в брак — ст. 21 ГК РФ или эмансипации — ст. 27 ГК РФ) ставит под сомнение эффективность присмотра. В этом случае лучше применять личное поручительство.

Во-вторых, в силу неполной дееспособности несовершеннолетнего процессуальный закон прямо не требует получения его согласия на избрание присмотра. Однако, как и другие психолого-принудительные меры пресечения, присмотр будет неэффективным без согласия самого обвиняемого. Его согласие служит важным подтверждением возможности обеспечения надлежащего поведения, его доверия поручителю. Обязательность согласия обвиняемого для мер, не связанных с тюремным заключением, предусматривается Токийскими правилами (п. 3.4).

В-третьих, присмотр избирается при согласии (ходатайстве) родителей, опекунов, попечителей и иных лиц. Согласие администрации специализированных детских учреждений не требуется, как и при должностном поручительстве, поскольку усло-

вия пристрастия совпадают с их должностными обязанностями. На администрацию как на должностных поручителей нецелесообразно наложение денежного взыскания.

Избрание пристрастия должностными лицами специализированного детского учреждения обычно применяется тогда, когда несовершеннолетний *уже* находится в этом учреждении не в связи с данным уголовным делом. В рамках применения меры пресечения — пристрастия — следователь не вправе поместить несовершеннолетнего обвиняемого в специализированное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа. Этот вопрос должен решаться судом в общем порядке.

Процедура избрания и применения пристрастия аналогична той, которая была описана для личного поручительства. В дополнение к этому по сложившейся практике об отдаче несовершеннолетнего под пристрастие извещаются подразделения органов внутренних дел по профилактике правонарушений несовершеннолетних.

5. Залог

Залог считается самой строгой психолого-принудительной мерой пресечения, поэтому избирается только по судебному решению. Залог состоит во внесении залогодателем ценностей на депозитный счет органа, избравшего данную меру пресечения, в целях обеспечения надлежащего поведения обвиняемого (ст. 106 УПК). Сущность залога заключается в том, что обвиняемый берет на себя обязательство надлежащего поведения под угрозой утраты заложенного имущества.

В условиях состязательного процесса обвиняемый выступает в качестве стороны, которая должна активно осуществлять свое право на защиту. Для этого обвиняемый должен иметь свободу передвижения. В английском праве зародилось *право на освобождение под залог*, которое дало начало международно-правовому принципу: «Каждое лицо, подвергнутое аресту или задержанию ..., имеет право на освобождение до суда. Освобождение может ставиться в зависимость от предоставления гарантий явки в суд»¹. Наибольшие гарантии явки из всех психолого-принудительных мер пресечения предоставляет залог, что делает его иногда единственной альтернативой заключению под стражу.

Имущественные отношения при залоге в общем виде регулируются гражданским правом, поэтому при рассмотрении данной меры пресечения следует учитывать нормы гражданско-правового законодательства. В качестве залогодателя может выступать как сам обвиняемый (подозреваемый), так и любое другое физическое или юридическое лицо. Закон не исключает участие нескольких залогодателей.

Предметом залога в гражданском праве могут быть деньги, ценные бумаги или иные ценности. К последним относятся ювелирные изделия, автомобили и другое имущество. Гражданский закон не исключает объекты недвижимого имущества из предмета залога. Однако в уголовном процессе реально возможно использовать только такой предмет залога, который можно внести на депозитный счет банковского учреждения. Стоимость валюты, ценных бумаг или иных ценностей устанавливается с помощью специальных познаний. Вид предмета залога и его размер определяется судом с учетом ходатайства следователя, дознавателя об избрании данной меры пре-

¹ Статья 9 Международного пакта о гражданских и политических правах; ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.

сечения (в досудебных стадиях процесса), желания залогодателя, а также с учетом характера совершенного преступления, данных о личности обвиняемого и имущественного положения залогодателя. Эти критерии очень приблизительно определяют сумму залога. Ни минимальный, ни максимальный ее предел не установлен в законе.

При определении конкретной суммы залога следует исходить из общих положений о мерах пресечения (см. § 3 настоящей главы). Из них следует, что размер залога не должен прямо зависеть от причиненного ущерба или суммы заявленного гражданского иска, так как для их обеспечения применяется наложение ареста на имущество (ст. 115 УПК)¹. По общему правилу, размер залога зависит от возможного наказания, а не от причиненного ущерба или размера заявленного гражданского иска. Залог эффективен, когда обвиняемому грозит наказание в виде штрафа и сумма залога с ним сопоставима (так определялся размер залога ст. 1164 Устава уголовного судопроизводства 1864 г.). Презумпция невиновности позволяет сопоставить сумму залога с минимальным штрафом, ибо теоретически суд может назначить обвиняемому (подсудимому) именно такое минимальное наказание, и было бы несправедливо, если бы обвиняемый нес в процессе тяготы, превышающие возможную уголовную кару. На основе этого конституционного принципа представляется неправильным избирать залог в большей сумме, чем сумма штрафа как возможного уголовного наказания. Согласно ст. 46 УК РФ штраф как уголовное наказание устанавливается в размере от 2,5 тыс. до 1 млн руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух недель до пяти лет. Если обвиняемый или подозреваемый является несовершеннолетним, то штраф назначается при наличии у него самостоятельного заработка или имущества, на которое может быть обращено взыскание, или при отсутствии таковых. Сумма штрафа назначается в размере от 1 тыс. до 50 тыс. руб. или в размере заработной платы или иного дохода несовершеннолетнего обвиняемого за период от двух недель до шести месяцев (ч. 2 ст. 88 УК РФ). Вид и предмет залога (как «добровольной» меры) определяются с учетом волеизъявления залогодателя.

Специальным условием избрания залога является наличие ходатайства обвиняемого (подозреваемого) или иного лица внести требуемую сумму залога и наличие этой суммы. Если залог вносится третьими лицами, то для избрания залога обязательно согласие и самого обвиняемого (подозреваемого), так как именно его обещание о надлежащем поведении составляет суть любой психолого-принудительной меры пресечения.

Если залог вносится третьим лицом, то надлежащее поведение обвиняемого должно дополнительно обеспечиваться действиями залогодателя, как при поручительстве. В УПК эти действия не упоминаются, и эффективность залога как меры пресечения ограничивается моральным долгом обвиняемого перед залогодателем. Третье лицо — залогодатель — должно заслуживать доверия (по аналогии с поручителем). Иначе залогодателем может оказаться соучастник, руководитель преступного сообщества. В американской правоприменительной практике возник институт профессиональных залогодателей, которые осуществляют предпринимательскую деятельность путем возложения на себя денежных обязательств по внесению залога за последующее вознаграждение со стороны обвиняемого.

¹ Обоснование иной позиции см.: *Петрухин И.Л.* Уголовно-процессуальное принуждение // Уголовный процесс : учебник / под ред. И.Л. Петрухина. М., 2001. С. 136.

При избрании залога залогодателю разъясняются такие же обязательства, как и поручителю при избрании личного поручительства.

В стадии предварительного расследования судья районного (гарнизонного военного) суда принимает решение об избрании залога по соответствующему ходатайству следователя, дознавателя в судебном заседании в таком же порядке, который предусмотрен для избрания заключения под стражу (ст. 108 УПК). Если в суд было направлено ходатайство об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу и судья отказывает в его удовлетворении, то он вправе применить залог по собственной инициативе, без специального ходатайства органов уголовного преследования об этом (ч. 7.1 ст. 108).

После предъявления обвиняемому (подозреваемому) и иному залогодателю постановления (определения) об избрании залога залогодатель вносит установленную сумму на депозит органа, избравшего эту меру пресечения. Порядок этих действий регулируется нормами финансового права. Затем залогодатель предъявляет соответствующие платежные документы (квитанцию), на основании которых составляется протокол принятия залога, копия которого вручается залогодателю.

В судебных стадиях уголовного процесса залог избирается судом до вступления приговора в законную силу путем вынесения постановления (определения). Секретарь судебного заседания по поручению судьи вызывает в суд залогодателей и составляет совместно с заведующим канцелярией протокол о принятии залога, который приобщается к делу. Копии протокола о принятии залога вручаются залогодателю. Если залог избран в отношении осужденного, то протокол принятия залога оформляется секретарем судебного заседания с участием пристава-исполнителя.

В случае ненадлежащего поведения обвиняемого залог обращается в доход государства решением суда в порядке ст. 118. При этом в отношении обвиняемого может быть избрана более строгая мера пресечения (ст. 110). В остальных случаях при прекращении применения меры пресечения в виде залога он возвращается залогодателю.

§ 5. ФИЗИЧЕСКИ-ПРИНУДИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ

1. Домашний арест

Домашний арест — относительно новая мера пресечения для российского уголовного процесса. Однако она была известна Уставам уголовного судопроизводства 1864 г., УПК РСФСР 1922 г. и 1923 г. и лишь в УПК РСФСР 1960 г. была упразднена. Новый процессуальный закон возрождает эту меру пресечения (ст. 107 УПК РФ).

Содержание домашнего ареста состоит в запретах обвиняемому (подозреваемому) покидать определенное помещение (здание, участок территории), общаться с некоторыми лицами устно, письменно и по средствам связи, устанавливаемых в целях обеспечения надлежащего поведения обвиняемого (подозреваемого). Домашний арест является физически-принудительной мерой пресечения, ибо физически изолирует обвиняемого (подозреваемого) от общества. Она избирается по решению суда вопреки желанию обвиняемого (подозреваемого) и с согласия органов, обеспечивающих соблюдение установленных ограничений.

Домашний арест предполагает ограничение обвиняемого 1) в свободе передвижения и (или) 2) в свободе общения.

Ограничения свободы передвижения существенно большие, чем при подписке о невыезде. Обвиняемому (подозреваемому) может быть запрещено постоянно или в определенное время: покидать жилое помещение, здание, участок территории (дачи, больницы, гостиницы и т.п.); посещать определенные места (район населенного пункта, увеселительные заведения, место работы, место жительства соучастников, свидетелей, потерпевших); выходить из жилого помещения без сопровождения. В то же время в силу отличия домашнего ареста от заключения под стражу обвиняемый (подозреваемый) не может быть принудительно помещен в специализированное помещение (закрытого типа). При домашнем аресте отсутствует «содержание под стражей» (п. 42 ст. 5). Под арестом обвиняемый (подозреваемый) содержится «дома», поэтому он, как правило, не изолируется от совместно проживающих с ним лиц.

Вторая группа ограничений для находящегося под домашним арестом связана с ограничением его свободы общения. В зависимости от способов общения УПК (ст. 107) устанавливает три разновидности запретов.

1. Запреты устного общения с определенными лицами могут быть направлены на исключение встреч и разговоров с участниками судопроизводства по этому делу (подозреваемыми, обвиняемыми, потерпевшими и их представителями, свидетелями, экспертами, понятыми), с их родственниками и друзьями, со своими товарищами по работе, подчиненными, приятелями (через которых можно воспрепятствовать производству по делу). В целях обеспечения производства по делу обвиняемому может быть запрещено давать информацию журналистам, делать заявления через средства массовой информации. В то же время домашний арест, как правило, не предполагает запрета обвиняемому общаться с совместно проживающими с ним лицами.

2. Запреты письменного общения могут ограничивать отправку и получение различных почтово-телеграфных отправлений (корреспонденции, посылок, телеграмм), а также пользование иными услугами связи (кроме осуществления почтовых переводов денежных средств).

3. Запреты на общение с помощью любых средств связи устанавливаются путем указания лиц, с которыми запрещено или разрешено вести переговоры, а также определенных средств связи (Интернета, электронной почты, телефона, телетайпа, факса, радио и др.).

При избрании домашнего ареста суд, с учетом мнения сторон, должен выбрать из всех возможных запретов те из них, которые действительно необходимы в данном случае. При установлении и исполнении конкретных запретов следует иметь в виду, что не могут быть ограничены процессуальные права обвиняемого и подозреваемого на участие в судебных заседаниях; следственных и иных процессуальных действиях (например, в допросе свидетеля, производимом по ходатайству обвиняемого); на отправку письменных жалоб, получение по почте повесток и других процессуальных документов, ведение устно или по телефону переговоров с защитником и т.д. Устанавливаемые судом ограничения должны обеспечивать цели мер пресечения, а не ущемление прав обвиняемого (подозреваемого). Поэтому указание конкретных ограничений суд должен мотивировать. Токийские правила предусматривают *принцип минимального вмешательства* при применении мер, не связанных с тюремным заключением. Конкретные ограничения для обвиняемого (подозреваемого) формулируются в практичной и четкой форме, и их число по возможности сводится к минимуму (п. 2.6, 12.2). В процессе применения не связанных с тюремным заключением мер соблюда-

ется право обвиняемого на личную жизнь, а также право на личную жизнь его семьи (п. 3.11 Правил).

Для избрания домашнего ареста необходимо наличие оснований, условий, мотивов и вынесение судом соответствующего постановления или определения (ст. 97, 99, 101).

Закон в качестве специального условия предусматривает, что домашний арест применяется при наличии оснований и условий для заключения под стражу (ст. 108 УПК) тогда, когда содержание под стражей обвиняемого или подозреваемого (помещение в следственный изолятор) нецелесообразно в силу ряда обстоятельств, к которым, на наш взгляд, могут относиться:

- старческий возраст, тяжелое состояние здоровья, беременность обвиняемой или кормление грудью;
- наличие места жительства или пребывания;
- существование нормативной, организационной и материально-технической базы для исполнения домашнего ареста. Отсутствие этого условия на сегодняшний день исключает использование данной меры пресечения на практике.

Домашний арест избирается в таком же порядке, как и заключение под стражу (о порядке избрания данной меры пресечения см. ниже).

Суд указывает тот орган или должностное лицо, на которые возлагается надзор за соблюдением установленных ограничений. Эти органы и должностные лица определяются подведомственными нормативными актами.

Закон прямо не устанавливает специальный срок применения домашнего ареста. Поэтому на первый взгляд может показаться, что срок домашнего ареста определяется так же, как и срок действия психолого-принудительных мер пресечения (например, подписки о невыезде). Однако такой вывод ошибочен. Время домашнего ареста засчитывается в срок заключения под стражу (ч. 10 ст. 109). Соответственно этому время домашнего ареста (в качестве части срока заключения под стражу) должно, на наш взгляд, быть засчитано в срок уголовного наказания в виде лишения свободы из расчета один день за один день (несмотря на то что в ст. 72 УК РФ это прямо не предусмотрено). Кроме того, процессуальный закон специально устанавливает такие же правила исчисления срока домашнего ареста, как и заключения под стражу (ч. 1 ст. 128 УПК).

В соответствии с международно-правовыми нормами должен быть установлен специальный срок домашнего ареста по аналогии со сроком заключения под стражу (ст. 109 УПК). Каждое арестованное лицо имеет право на судебное разбирательство в течение *разумного срока* или на освобождение (ст. 9 Пакта о гражданских и политических правах, ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод). Срок действия меры, не связанной с тюремным заключением, не превышает срока, *установленного* компетентным органом в соответствии с законом (п. 11.1 Токійских правил). Если суд при избрании домашнего ареста не установит его срок, то домашний арест может действовать, пока ведется предварительное расследование и судебное разбирательство, т.е. теоретически до истечения срока давности уголовного преследования (до 15 лет по особо тяжким преступлениям — ст. 78 УК РФ). Это нарушает международные стандарты и конституционное право на свободу и личную неприкосновенность (ч. 1 ст. 22 Конституции РФ).

Вышесказанное приводит нас к выводу, что суд в постановлении (определении) об избрании домашнего ареста должен установить срок ограничений по правилам ст. 109. По сходным правилам срок домашнего ареста должен продляться.

Решение суда об избрании домашнего ареста (или в отказе в этом) может быть обжаловано в кассационном порядке в течение 3 суток со дня его вынесения (ч. 11 ст. 108). В течение 3 суток кассационная жалоба или представление должны быть рассмотрены кассационной инстанцией.

При нарушении ограничений и запретов обвиняемым (подозреваемым), содержащимся под домашним арестом, мера пресечения может быть изменена на заключение под стражу (ст. 110).

2. Заключение под стражу

Заключение под стражу — самая строгая мера пресечения, которая представляет собой содержание под стражей обвиняемого (подозреваемого) в целях обеспечения его надлежащего поведения. В соответствии с п. 42 ст. 5 УПК содержание под стражей — это пребывание обвиняемого (подозреваемого) в следственном изоляторе или ином месте, определенном Федеральным законом от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

Заключение под стражу необходимо отличать от задержания подозреваемого (ст. 91 УПК), домашнего ареста (ст. 107 УПК) и от уголовного наказания в виде лишения свободы (ст. 56 УК РФ) или ареста (ст. 54 УК РФ). Во всех указанных случаях происходит содержание лица в условиях строгой изоляции. Тем не менее задержание подозреваемого не является мерой пресечения. Оно может предшествовать заключению под стражу как кратковременное (на 48 часов) помещение в изолятор подозреваемого или обвиняемого, производимое без судебного решения в случаях, не терпящих отлагательства. Лишение свободы и арест как виды уголовного наказания регламентируются уголовным правом и применяются только по приговору суда к виновному в совершении преступления в целях восстановления социальной справедливости и исправления осужденного. Заключение под стражу является мерой пресечения, регламентируется уголовно-процессуальным правом и применяется по решению суда к обвиняемому (подозреваемому), который презюмируется невиновным. Отсюда вытекает отличие оснований, целей и порядка избрания и применения заключения под стражу от сходных принудительных мер.

Для избрания заключения под стражу, как и для любой другой меры пресечения, необходимо наличие оснований, условий, мотивов и вынесение постановления или определения (ст. 97, 99, 101 УПК).

Заключение под стражу, в отличие от других мер пресечения, максимально ограничивает свободу и личную неприкосновенность граждан. В связи с этим процессуальное законодательство устанавливает особые гарантии законности и обоснованности избрания данной меры пресечения.

Во-первых, *заключение под стражу избирается только по судебному решению* (ч. 2 ст. 22 Конституции РФ; ч. 2 ст. 29 УПК). Это принципиальное положение получило статус конституционной нормы и почти 10 лет пробивало себе дорогу в практику, начав действовать с 1 июля 2002 г. Уголовно-процессуальный закон допускает избрание заключения под стражу и на основе решения иностранного суда без подтверждения судом Российской Федерации при исполнении запроса о выдаче (ч. 2 ст. 466 УПК).

Во-вторых, *заключение под стражу избирается при невозможности применения другой, более мягкой меры пресечения*. «Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом» — гласит ст. 9 Пакта о гражданских и политических правах. Согласно п. 6.1 Токийских правил «предварительное заключение под стражу используется в судопроизводстве по уголовным делам как крайняя мера при условии должного учета интересов расследования предполагаемого правонарушения и защиты общества и жертвы».

В-третьих, *специальным условием избрания заключения под стражу является обвинение (подозрение) в совершении преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок более 2 лет*. Другими словами, по преступлениям небольшой тяжести (ч. 2 ст. 15 УК РФ) эта мера пресечения, как правило, не применяется.

Данное условие нуждается в ограничительном толковании. Заключение под стражу может применяться только тогда, когда *реально возможно* назначение наказания в виде лишения свободы, как правило, более чем на 2 года. Конституционный Суд РФ подчеркивает, что «не допускается заключение под стражу, если лицу не может быть назначено наказание в виде лишения свободы»¹. Об отсутствии данного условия (и невозможности заключения под стражу) могут свидетельствовать:

1) недостаточная обоснованность обвинения (подозрения): например, явно «завышенные» квалификация преступления, объем обвинения или недостаточно установленная причастность данного лица к совершению преступления. Выше было рассмотрено, что одним из основных условий избрания меры пресечения является наличие доказательств виновности (см. § 3 настоящей главы);

2) когда санкция уголовно-правовой нормы формально предусматривает наказание более чем 2 года лишения свободы, однако в силу прямого требования закона суд обязан его уменьшить при: а) наличии смягчающих обстоятельств (ст. 62 УК РФ); б) неоконченном преступлении (ст. 66 УК РФ); в) незначительной степени участия лица в совершении преступления (ст. 67 УК РФ); г) согласии обвиняемого с предъявленным обвинением (ч. 2 ст. 316 УПК). Например, наказание за покушение на совершение преступления не может превышать ³/₄ максимально возможного (ч. 3 ст. 66 УК РФ). Если максимально возможное наказание 2 года лишения свободы, то реально возможное — 1,5 года. Следовательно, при обвинении лица в покушении на совершение такого преступления заключение под стражу по общему правилу также невозможно.

В качестве исключения заключение под стражу может быть избрано и при обвинении (подозрении) в совершении преступления, за которое грозит наказание в виде лишения свободы менее чем на 2 года, в одном из четырех случаев (ч. 1 ст. 108):

а) обвиняемый (подозреваемый) не имеет постоянного места жительства на территории Российской Федерации. При этом регистрация по месту жительства является лишь одним из доказательств наличия постоянного места жительства;

б) не установлена личность обвиняемого или подозреваемого. Это означает, что на момент избрания меры пресечения у лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, есть разумные сомнения в личности обвиняемого или подозреваемого (в том

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 21.12.2000 № 296-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Гончарова Николая Степановича на нарушение его конституционных прав положениями статей 5, 89, 93, 143, 154, 221, 247 и 378 УПК РСФСР» // Российская газета. 25.04.2001 г.

числе отсутствуют или имеют признаки подделки документы, удостоверяющие личность, о своей личности обвиняемый отказывается дать показания или дает ложные показания). При этом были приняты возможные меры к установлению личности (исстребованы документы, назначены экспертизы, проведены опознания, допросы свидетелей, оперативно-розыскные мероприятия по установлению родственников, знакомых обвиняемого и т.д.);

в) обвиняемый (подозреваемый) нарушил ранее избранную меру пресечения. Для наличия этого условия требуется, чтобы ему было предъявлено постановление (определение) об избрании меры пресечения, он дал обязательство о надлежащем поведении и нарушил его;

г) обвиняемый (подозреваемый) скрылся от органов расследования или суда. Это условие предполагает, что он знал о привлечении его в качестве обвиняемого (подозреваемого) и умышленно скрылся. Данное условие отсутствует, когда гражданин уезжает в отпуск, командировку, на новое место жительства и не предполагает, что его разыскивают по уголовному делу.

Указанные четыре исключения составляют исчерпывающий перечень и должны быть установлены с помощью уголовно-процессуальных доказательств.

К несовершеннолетним обвиняемым и подозреваемым заключение под стражу применяется лишь в качестве крайней меры и в течение кратчайшего периода времени. При этом содержание под стражей по возможности должно быть заменено другими альтернативными мерами (ст. 13 Минимальных стандартных правил ООН, касающихся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних, утвержденных Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 29.11.85 № 40/33). Несовершеннолетний обвиняемый (подозреваемый) может быть заключен под стражу только при условии, что он обоснованно обвиняется (подозревается) в совершении *умышленного* преступления, за которое может быть назначено наказание свыше 5 лет лишения свободы. При этом следует учитывать реальную возможность назначения ему такого наказания.

В исключительных случаях заключение под стражу применяется к несовершеннолетнему и при наличии в отношении него обвинения (подозрения) в совершении преступления средней тяжести, т.е. при реальной возможности назначения ему наказания от 2 до 5 лет лишения свободы по умышленным преступлениям и свыше 2 лет лишения свободы по неосторожным. Исключительными случаями следует признавать только четыре ситуации, рассмотренные выше.

3. Порядок избрания и применения заключения под стражу

В статье 108 УПК предусмотрена процедура принятия решения об избрании заключения под стражу и домашнего ареста. Она используется и для применения залога (ст. 106), принудительной меры воспитательного характера (ч. 2 ст. 427) и для перевода содержащегося под стражей в психиатрический стационар (ч. 1 ст. 435). Порядок избрания заключения под стражу и домашнего ареста различается: 1) в досудебном и 2) судебном производстве, а также 3) в отношении лиц, обладающих служебным иммунитетом (ст. 450).

В досудебном производстве следователь с согласия руководителя следственного органа и дознаватель с согласия прокурора возбуждают перед судом ходатайство об избрании заключения под стражу, о чем выносится мотивированное постановление.

К постановлению прилагаются те материалы, которых, по мнению лица, заявившего ходатайство, будет достаточно для подтверждения наличия условий, оснований, мотивов избрания заключения под стражу и подтверждения невозможности избрания другой меры пресечения. Среди этих материалов должны быть копии: постановлений о возбуждении уголовного дела и привлечении лица в качестве обвиняемого, копии протоколов задержания, допросов подозреваемого, обвиняемого, а также имеющиеся в деле доказательства, подтверждающие наличие обстоятельств, свидетельствующих о необходимости избрания лицу меры пресечения в виде заключения под стражу (сведения о личности подозреваемого, обвиняемого, справки о судимости, данные о возможности лица скрыться от следствия, об угрозах в адрес потерпевших, свидетелей и т.п.). В тех случаях, когда в уголовном деле защитник не участвует и об этом не сделана запись в протоколе допроса в качестве подозреваемого или обвиняемого, к материалам дела прилагается письменное заявление подозреваемого, обвиняемого об отказе от защитника¹.

В российской судебной практике возникла проблема: должен ли следователь представлять суду доказательства виновности подозреваемого или обвиняемого для избрания в отношении него меры пресечения в виде заключения под стражу. Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (п. 4) запрещает судье во время рассмотрения ходатайства о заключении под стражу входить в обсуждение вопроса о виновности лица в инкриминируемом ему преступлении. Напротив, в п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» судье предлагается учесть, что «наличие обоснованного подозрения в том, что заключенное под стражу лицо совершило преступление, является необходимым условием для законности ареста»². Из сопоставления названных разъяснений вытекает, что судье предлагается, *не предпринимая* вопроса о виновности, выяснить, имеются ли у стороны обвинения доказательства, которые достаточны для серьезного *предположения* о совершении данным лицом преступления.

Постановление о возбуждении ходатайства с приложениями незамедлительно направляется в районный (гарнизонный военный) суд. Если подозреваемый или обвиняемый задержан в порядке ст. 91, 92, то судья должен получить указанные материалы не позднее чем за 8 часов до истечения срока задержания.

Ходатайство об избрании заключения под стражу рассматривается единолично судьей районного (гарнизонного военного) суда по месту предварительного расследования в течение 8 часов с момента поступления ходатайства в суд в открытом судебном заседании. Судебное заседание согласно п. 50—52 ст. 5 является судебным разбирательством, поэтому к нему применяются общие требования гл. 35 УПК в части, не противоречащей специальным правилам ст. 108. В судебном заседании обязательно участвуют обвиняемый (подозреваемый), защитник, прокурор. Наряду с про-

¹ См. п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 25.03.2004.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

курором может участвовать следователь и дознаватель. С учетом ч. 6 ст. 108 в досудебном производстве следователь или дознаватель могут участвовать в заседании и *вместо* прокурора. Законный представитель обвиняемого (подозреваемого) также имеет право участвовать в судебном заседании. Для обеспечения указанных прав защитник и законный представитель должны быть уведомлены о времени и месте рассмотрения дела. Избрание заключения под стражу, как правило, носит неотложный характер, поэтому неявка сторон без уважительных причин (кроме обвиняемого или подозреваемого) не является препятствием для рассмотрения ходатайства.

Правило об обязательном участии обвиняемого в судебном заседании реализует принцип очности процесса (об очности см. § 7 гл. 4 настоящего учебника). Разыскиваемый обвиняемый может быть задержан на срок до 48 часов (ч. 3 ст. 210). Если задержание произведено вне места предварительного расследования, то ходатайство о заключении его под стражу может быть рассмотрено судом по месту задержания. Для этого следователь должен с помощью средств связи передать тому органу, который обнаружил обвиняемого, необходимые материалы для судебного заседания или прибыть к месту задержания лично.

Если подозреваемый или обвиняемый не доставлен в судебное заседание для участия в рассмотрении ходатайства о его заключении под стражу, суд отказывает в удовлетворении ходатайства¹.

В то же время законом предусмотрены исключения из запрета «заочного ареста».

Во-первых, заочный арест допускается, когда обвиняемый объявлен в международный розыск (п. 5 ст. 108 УПК). Объявление в международный розыск регулируется подзаконными нормативными актами². Международный розыск объявляется постановлением органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, при наличии достоверных данных о выезде (намерении выехать) за пределы России обвиняемого или подозреваемого в совершении преступлений средней тяжести, тяжких или особо тяжких (подробнее о розыске см. § 2 гл. 16 учебника).

Во-вторых, в отношении скрывшегося обвиняемого в *судебном производстве* суд вправе рассмотреть ходатайство о заключении обвиняемого (подозреваемого) под стражу в его отсутствие (ч. 2 ст. 238).

В-третьих, решение о заключении под стражу лица для его выдачи по запросу иностранного государства может быть принято прокурором на основе иностранного судебного решения, в том числе и заочного (ч. 2 ст. 466).

В-четвертых, когда обвиняемый находится на стационарной судебно-психиатрической экспертизе или имеются иные обстоятельства, исключающие возможность его доставления в суд, допускается продление срока заключения под стражу в отсутствие обвиняемого (ч. 13 ст. 109).

Исключения из запрета заочного ареста не противоречат праву каждого задержанного незамедлительно предстать перед судом, так как после реального исполне-

¹ Такой отказ не препятствует повторному обращению с аналогичным ходатайством после создания условий для обеспечения явки подозреваемого, обвиняемого (см. п. 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 25.03.2004 г.).

² См. приказ МВД РФ № 786, Минюста РФ № 310, ФСБ РФ № 470, ФСО РФ № 454, ФСКН РФ № 333, ФТС РФ № 971 от 06.10.2006 г. «Об утверждении Инструкции по организации информационного обеспечения сотрудничества по линии Интерпола».

ния и применения заключения под стражу обвиняемый (подозреваемый) вправе подать жалобу и участвовать в ее рассмотрении в вышестоящем суде¹. При этом обвиняемый (подозреваемый) имеет право подать жалобу вне зависимости от фактического исполнения принятого решения о заключении под стражу². При рассмотрении ходатайства о заключении под стражу или продлении его срока в отсутствие обвиняемого в судебном заседании требуется обеспечить участие защитника, который вступает в дело вне зависимости от факта предъявления обвинения (п. 1 ч. 3 ст. 49).

Итак, суд рассматривает ходатайство об избрании заключения под стражу в судебном заседании, которое осуществляется по общим правилам. При этом первым выступает следователь (дознатель), возбудивший ходатайство, и прокурор, дающий заключение о его обоснованности. Затем заслушиваются другие явившиеся лица. Согласно принципу состязательности сторона защиты должна иметь возможность заблаговременно познакомиться с ходатайством и подтверждающими его материалами в разумные сроки³.

Закон не предусматривает производства следственных действий в этом судебном заседании, однако в соответствии с требованием устности (ст. 240) должны быть оглашены материалы, подтверждающие ходатайство об избрании заключения под стражу. Сторона защиты вправе представить свои материалы, опровергающие необходимость заключения под стражу.

В результате рассмотрения ходатайства судья выносит одно из трех мотивированных постановлений: об избрании заключения под стражу, об отказе в удовлетворении ходатайства, о продлении срока задержания (п. 7 ст. 108).

Продление срока задержания допускается неоднократно, но в целом не более чем на 72 часа (в дополнение к 48 часам основного срока задержания) при одновременном соблюдении следующих условий:

- 1) при признании судом задержания законным и обоснованным;
- 2) по ходатайству об этом одной из сторон, а не по инициативе суда;
- 3) для представления органами уголовного преследования дополнительных доказательств обоснованности избрания заключения под стражу или представления стороной защиты доказательств необоснованности избрания этой меры. На обвиняемого не возлагается бремя доказывания необоснованности меры принуждения. Поэтому задержание продлевается тогда, когда следователь докажет, что за 72 часа он сможет получить конкретные доказательства, обосновывающие искомую им меру пресечения.

В судебной практике применяется еще одно основание для продления срока задержания: необходимость обеспечения явки защитника, когда его участие в деле является обязательным⁴.

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 10.12.98 № 27-П по делу о проверке конституционности ч. 2 ст. 335 УКП РСФСР в связи с жалобой гражданина М.А. Баронина // Российская газета. 24.12.98 г.

² См. Постановление Конституционного Суда от 03.05.95 № 4-П по делу о проверке конституционности ст. 220¹ и 220² УКП РСФСР в связи с жалобой гражданина В.А. Аветяна // Российская газета. 12.05.95 г.

³ См. определение Конституционного Суда РФ от 12.05.2003 № 173-О по жалобе гражданина Ковалева С.В. на нарушение его конституционных прав положениями ст. 47 и 53 УПК РФ // Российская газета. 10.07.2003 г.; п. 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 25.03.2004 г.

⁴ См. п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5.03.2004 № 1.

При отказе в удовлетворении ходатайства о заключении под стражу повторное возбуждение такого ходатайства в отношении того же лица и по тому же обвинению (подозрению) возможно только при возникновении новых обстоятельств, которые не были предметом обсуждения в первом судебном заседании (факты ненадлежащего поведения обвиняемого, подозреваемого и др.). Исключение составляет случай, когда суд отказывает в удовлетворении ходатайства в связи с отсутствием в судебном заседании подозреваемого или обвиняемого.

Полномочия по рассмотрению в досудебном производстве ходатайств об избрании заключения под стражу не могут быть возложены на одного и того же судью на постоянной основе (ч. 13 ст. 108). Распределение данных полномочий производится по правилам подсудности уголовных дел. Запрет специализации судей «по санкционированию ареста» призван обеспечить независимость и беспристрастность суда — один из основополагающих принципов состязательности. Однако законом ввиду недостаточного количества судей этот принцип ставится под удар. Тому судье, который дал разрешение на предварительное заключение, не запрещено рассматривать это же самое дело по существу (ст. 63). Следует полагать, что этому судье будет трудно вынести оправдательный приговор, если по его же решению невиновный несколько месяцев находился в следственном изоляторе. Во время вынесения решения о заключении под стражу неизбежно исследуются доказательства виновности (условие применения данной меры пресечения). Тем самым у судьи может складываться внутреннее убеждение в виновности лица, которое препятствует его объективности при рассмотрении дела по существу.

Несколько иная процедура избрания заключения под стражу установлена для судебного производства. В судебных стадиях до обращения приговора к исполнению решение о заключении под стражу выносит суд, принявший дело к своему производству (ст. 255). В стадии подготовки дела к разбирательству это решение не может быть принято *вне судебного заседания* (п. 6 ч. 2 ст. 231), поэтому суд назначает заседание по правилам ст. 108 или предварительное слушание (ст. 234). В судебном разбирательстве заключение под стражу избирается судом в совещательной комнате всем составом суда (ч. 2 ст. 256)¹.

Решение о мере пресечения суд принимает по ходатайству стороны. Закон разрешает суду избрать меру пресечения в виде заключения под стражу и по собственной инициативе (ч. 10 ст. 108). Данная норма нуждается в ограничительном толковании в силу принципа состязательности. Состязательность предполагает, что суд действует в рамках требования (обвинения, иска, жалобы, ходатайства) стороны. Это содержание состязательности признано Конституционным Судом РФ². Поэтому представляется, что суд не должен избирать заключение под стражу при наличии против этого возражений со стороны обвинения (прокурора, потерпевшего, гражданского истца).

¹ См. Определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ по делу Переведенцева // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 7; Определение СК по УД ВС РФ № 78-002-173 по делу Москвича.

² См., например, Постановление Конституционного Суда РФ от 14.01.2000 № 1-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, регулирующих полномочия суда по возбуждению уголовного дела, в связи с жалобой гражданки И.П.Смирновой и запросом Верховного Суда Российской Федерации» // Российская газета. 2.02.2000 г.

Так, Верховный Суд РФ в одном из своих решений указал, что продление срока содержания под стражей допускается в пределах ходатайства обвинителя.

Решение суда об избрании меры пресечения может быть обжаловано в кассационном и надзорном порядке (а если это решение вынесено мировым судьей по рассматриваемому им делу, — то в апелляционном порядке). При этом для обжалования данного решения действуют специальные нормы (ч. 11 ст. 108), которые имеют приоритет перед общими нормами гл. 43 и 45 УПК. Кассационная жалоба или представление подается в течение 3 суток со дня вынесения решения в судебную коллегию по уголовным делам вышестоящего суда через районный суд. Суд кассационной инстанции принимает решение по жалобе или представлению не позднее 3 суток со дня их поступления. Обжалование решения не приостанавливает его исполнения. Решение суда кассационной инстанции может быть обжаловано в порядке надзора по правилам гл. 48 УПК.

Итак, мера пресечения в виде заключения под стражу избрана. С момента вынесения судом об этом постановления начинается *применение меры пресечения* (процессуальные действия, осуществляемые с момента принятия решения об избрании меры пресечения до ее отмены или изменения, — п. 29 ст. 5).

Постановление судьи об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу провозглашается и направляется следователю (дознавателю), который возбудил ходатайство, прокурору, обвиняемому (подозреваемому). Его защитник и законный представитель вправе получить копию постановления по их просьбе (ч. 2 ст. 101). Копия решения суда должна быть направлена и начальнику места содержания под стражей.

Постановление суда подлежит немедленному исполнению, т.е. обвиняемого либо не освобождают из-под стражи, если он был ранее задержан, либо берут под стражу в зале суда одновременно с провозглашением постановления.

О месте содержания под стражей, а также об изменении места содержания под стражей ведущий процесс орган незамедлительно уведомляет: родственников обвиняемого (подозреваемого), командование воинской части (если обвиняемый или подозреваемый военнослужащий), посольство или консульство того государства, гражданином которого является обвиняемый (подозреваемый), защитника обвиняемого (подозреваемого). С учетом требований ст. 96 срок уведомления не может превышать 12 часов.

Если у заключенного под стражу имеются иждивенцы и остается без присмотра имущество, то следователь, дознаватель или прокурор обязаны принять меры попечения о них, о чем уведомить обвиняемого или подозреваемого (ст. 160).

Исполнение заключения под стражу как непроцессуальная деятельность регулируется Федеральным законом «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» и изданными на его основе правилами внутреннего распорядка в местах содержания под стражей. К местам содержания под стражей относятся следственные изоляторы уголовно-исполнительной системы; изоляторы временного содержания ОВД и пограничных органов; учреждения, исполняющие наказание в виде лишения свободы; гауптвахты; помещения, определенные и приспособленные для этих целей капитанами судов, руководителями геолого-разведочных партий и зимовок, главами дипломатических представительств.

Режим и условия содержания под стражей должны соответствовать статусу обвиняемого как невиновного. Содержание под стражей не может иметь характер кары, наказания, дополнительных лишений, в которых нет непосредственной необходимо-

сти с точки зрения целей меры пресечения или поддержания безопасности и порядка в месте задержания. Оно не может использоваться для воздействия на обвиняемого с тем, чтобы он начал содействовать органам следствия, например дал признательные показания. Условия содержания под стражей должны исключать угрозу жизни и здоровью обвиняемого, жестокие, бесчеловечные или унижающие виды обращения с ним (Свод принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденный Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 09.12.88 г. № 43/173; ч. 3 ст. 10 УПК РФ). Европейский Суд по правам человека признает обязанность государства возместить вред, причиненный излишне суровыми условиями содержания под стражей¹.

Отмена или изменение заключения под стражу производятся по общим основаниям (подробнее об этом см. § 3 настоящей главы).

4. Сроки содержания под стражей в качестве меры пресечения

Для физически-принудительных мер пресечения установлен специальный срок применения, в отличие от времени действия психолого-принудительных мер. Этот специальный срок максимально ограничивает лишение свободы человека, считающегося невиновным. Уголовно-процессуальный закон прямо регламентирует лишь срок содержания под стражей, однако, как уже было отмечено ранее, в аналогичном регулировании нуждается и срок содержания под домашним арестом.

Общее правило определения срока предварительного заключения опирается на презумпцию невиновности. Мера пресечения не может быть более строгой, чем грозящее обвиняемому уголовное наказание. Наказание определяет суд, и только от него зависит, за какое преступление и в каком размере оно будет назначено. Следовательно, толкуя сомнения в пользу подсудимого, до вынесения судом приговора надо исходить из того, что теоретически ему может быть определено минимальное наказание из числа тех, что предусмотрены уголовным законом. Это значит, что естественным временным пределом содержания под стражей как меры пресечения, которую назначает суд, должна быть нижняя граница санкций уголовного закона, предусматривающих лишение свободы². По российскому уголовному праву наименьший срок лишения свободы составляет два месяца (ч. 2 ст. 56 УК РФ).

Срок содержания под стражей установлен отдельно для досудебного (ст. 109; 224 УПК) и судебного (ст. 255) производства.

Сначала рассмотрим срок содержания под стражей в качестве меры пресечения в досудебном производстве, который необходимо отличать от сроков предварительного следствия и дознания (ст. 162, 223).

Первоначально срок содержания под стражей в стадии предварительного следствия составляет 2 месяца. Процессуальный закон (ст. 109) допускает четыре этапа продления этого срока.

¹ См. Решение Европейского Суда по правам человека от 15.07.2002 г. по делу «Калашников против Российской Федерации» // Российская газета. 17.10.2002 г.

² О моральном и социологическом обосновании максимальных сроков предварительного ареста см.: *Петрухин И.Л.* Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. М., 1989. С. 117; *Смирнов А.В.* Состязательный процесс. С. 94.

Первое продление производится до 6 месяцев (еще на 4 месяца) судьей районного или военного суда соответствующего уровня в порядке, предусмотренном для избрания данной меры пресечения (ч. 3 ст. 108 УПК) при невозможности:

а) закончить предварительное следствие в 2-месячный срок. Невозможность закончить расследование должна быть обусловлена особенностями дела (большим количеством эпизодов, соучастников и др.), а не иными причинами (отпуск, болезнь следователя, его занятость другими делами);

б) избрания иной, более мягкой меры пресечения. Следователь должен доказать это обстоятельство, а не ссылаться на отсутствие оснований для избрания другой меры пресечения.

Указанные условия должны соблюдаться и при последующих продлениях сроков содержания под стражей. Конституционный Суд РФ подчеркивает, что при каждом продлении сроков содержания под стражей необходимо устанавливать наличие общих условий, оснований и мотивов для избрания меры пресечения в виде заключения под стражу¹.

При производстве дознания срок содержания под стражей продляется до 6 месяцев судьей районного суда по ходатайству дознавателя с согласия прокурора районного уровня при невозможности закончить дознание в срок до 30 суток и отсутствии оснований для изменения или отмены меры пресечения в виде заключения под стражу (ч. 4 ст. 224 УПК)².

Второй этап продления срока содержания под стражей — свыше 6 месяцев, но до 12 месяцев — допускается в порядке, предусмотренном для избрания данной меры пресечения (ч. 3 ст. 108) при соблюдении следующих дополнительных условий:

а) ходатайство следователя о продлении срока вносится лишь с согласия руководителя следственного органа субъекта Российской Федерации;

б) заключенному под стражу предъявлено обоснованное обвинение в умышленном преступлении, за которое ему грозит реальное наказание более 5 лет лишения свободы;

в) уголовное дело представляет особую сложность: в силу необходимости производства значительного количества следственных действий, выезда в другую местность, направления запроса о правовой помощи иностранного государства, помещения обвиняемого в медицинский стационар для проведения экспертизы и др.

Третий этап продления срока содержания под стражей — от 12 до 18 месяцев — допускается при наличии особых условий: а) исключительных обстоятельств; б) обвинения в совершении умышленного преступления, за которое грозит наказание более 10 лет лишения свободы; в) в соответствии с подследственностью Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ либо руководителя следственного органа соответствующего федерального органа исполнительной власти; г) при принятии решения судьей суда уровня субъекта Российской Федерации. Решение о продлении срока принимается в порядке, предусмотренном для избрания меры пресечения в виде

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 25.12.98 № 167-О; Постановление Конституционного Суда РФ от 13.06.96 № 14-П.

² Уголовно-процессуальный закон (ч. 2 ст. 109 УПК в ред. от 05.06.2007 г.) формально предусматривает продление срока содержания под стражей при производстве дознания до 12 месяцев. Однако по буквальному смыслу закона такое продление допускается лишь в отношении лиц, обвиняемых в совершении тяжких и особо тяжких преступлений, которые не относятся к подследственности дознания. В силу приоритета конституционного права человека на свободу (ст. 22 Конституции РФ) избыточное по продолжительности содержание под стражей недопустимо (см.: Постановление Конституционного Суда РФ от 13.06.96 № 14-П).

заключения под стражу (ст. 108). Копия решения суда должна быть направлена начальнику места содержания под стражей.

Четвертый этап предусматривает продление предельного¹ срока содержания под стражей только для ознакомления обвиняемого с материалами оконченного предварительного следствия. Для принятия решения о продлении срока закон предусматривает особую процедуру (ч. 5—8 ст. 109), которая применяется при наличии следующих условий:

а) не позднее 30 суток до окончания соответственно 12- или 18-месячного срока содержания под стражей материалы оконченного следствия должны быть предъявлены содержащемуся под стражей обвиняемому и его защитнику для ознакомления в порядке ст. 217 УПК. Если это было сделано позднее, то дальнейшее продление срока содержания под стражей невозможно. По истечении этого срока обвиняемый освобождается. При этом его право на ознакомление с делом не ограничивается;

б) обвиняемому и его защитнику недостаточно предоставленного времени (30 суток) для ознакомления с делом. Не может служить основанием для продления срока содержания под стражей: занятость, болезнь или отпуск следователя (в силу которых он сам ограничил возможность для ознакомления с делом, например, одним часом в день). В то же время закон допускает продление срока содержания под стражей в силу необходимости ознакомления с делом других обвиняемых (ч. 7 ст. 109);

в) имеются основания, условия и мотивы для продолжения применения меры пресечения в виде заключения под стражу, при невозможности избрания другой меры пресечения (ч. 1, 2 ст. 108, ч. 2, 3 ст. 109, ст. 97, 99)².

Не позднее 7 суток до истечения предельного срока содержания под стражей следователь с согласия руководителя следственного органа по субъекту РФ или приравненного к нему руководителя иного следственного органа возбуждает ходатайство о продлении срока перед соответствующим судом (Верховным Судом республики, краевым или областным судом, судом города федерального значения, судом автономной области и судом автономного округа), который в течение 5 суток либо освобождает обвиняемого, либо продлевает срок содержания под стражей до окончания ознакомления обвиняемого и его защитника с делом. При этом в срок содержания под стражей включается время нахождения дела у прокурора для утверждения обвинительного заключения (5 суток — ст. 221 УПК).

Законом не установлен конкретный максимальный срок, свыше которого содержание под стражей недопустимо. Это «компенсирует» возможность обвиняемого длительно знакомиться с материалами дела (ст. 217 УПК). В то же время данная норма нуждается в ограничительном толковании, и «бесконечно» срок содержания под стражей продлеваться не может. Это вытекает из права «быть судимым без неоправданной задержки» (п. 3 ст. 14 Пакта о гражданских и политических правах, ст. 5 Римской конвенции, принцип 38 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденного Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9.12.88 г., п. 6.2 Токийских правил). Не ограниченное по сроку содержание под стражей не должно приобретать характер санкции за

¹ Предельным может быть 6-, 12- или 18-месячный срок содержания под стражей. Однако 6- и 12-месячные сроки являются предельными, если отсутствуют или не возникают законные условия для их «обычного» продления.

² См. определение Конституционного Суда РФ от 25.12.98 № 167-О; Постановление Конституционного Суда РФ от 13.06.96 № 14-П.

использование обвиняемым своих процессуальных прав и понуждать тем самым к отказу от них, подчеркивает Конституционный Суд РФ¹. В связи с этим срок содержания обвиняемого во время ознакомления его с материалами окончченного следствия должен быть ограничен вышеперечисленными условиями (прежде всего инициативой самого обвиняемого продолжать знакомиться с делом; сохранением общих условий, оснований и мотивов для применения заключения под стражу).

Отдельно решается вопрос о продлении предельного срока содержания под стражей, если он истек во время пребывания лица на территории иностранного государства по запросу об оказании правовой помощи или о выдаче Российской Федерации. При необходимости производства в отношении такого лица предварительного расследования суд вправе продлить срок содержания его под стражей, но не более чем на 6 месяцев (ч. 11 ст. 109).

В стадии предварительного расследования срок содержания под стражей исчисляется с момента фактического лишения свободы передвижения обвиняемого (подозреваемого) до направления прокурором дела в суд.

Теперь обратимся к рассмотрению срока содержания под стражей в судебном производстве. Этот срок регламентируется отдельно и составляет 6 месяцев с момента поступления дела в суд или с момента избрания судом данной меры пресечения (ст. 255). По общему правилу срок содержания под стражей подсудимого исчисляется до момента его освобождения или до вынесения приговора. Тем самым закон оставляет без ограничений время содержания под стражей подсудимого во время рассмотрения дела в порядке апелляции или кассации, т.е. после вынесения приговора, но до дня его обращения к исполнению с наказанием в виде лишения свободы или ареста.

По истечении 6-месячного срока содержания под стражей подсудимого суд вправе неоднократно продлевать этот срок, каждый раз не более чем на 3 месяца, при соблюдении нескольких условий:

а) по делам о тяжких или особо тяжких преступлениях, т.е. таких умышленных преступлениях, наказание за которые превышает соответственно 5 и 10 лет лишения свободы (ст. 15 УК РФ);

б) при сохранении общих оснований, условий и мотивов для применения заключения под стражу (ст. 97, 99);

в) при объективной длительности судебного разбирательства в силу сложности рассматриваемого дела. Будет явно несправедливым содержание под стражей, если суд необоснованно откладывает рассмотрение дела на продолжительное время. «Каждое арестованное... лицо... имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение», — гласит ч. 3 ст. 9 Пакта о гражданских и политических правах и ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод;

г) при отсутствии возражений со стороны обвинения. Суд не должен проявлять первоочередной инициативы при избрании в отношении подсудимого мер пресечения и продлении срока содержания под стражей, поскольку суд не является органом уголовного преследования и это не согласуется с его ролью как органа правосудия (ст. 15 УПК).

Решение о продлении срока содержания под стражей подсудимого может быть вынесено только в судебном заседании в условиях совещательной комнаты (ч. 2 ст. 256).

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 25.12.98 № 167-О по делу о проверке конституционности ч. 4, 5 и 6 ст. 97 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан П.В. Янчева, В.А. Жеребенкова и М.И. Сапронова // Российская газета. 12.01.99 г.

Как в досудебном, так и в судебном производстве решение суда о продлении срока содержания под стражей может быть обжаловано в кассационном порядке. Обжалование не приостанавливает исполнение меры пресечения. По смыслу процессуального закона существуют единые правила обжалования и решения об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу и решения о продлении срока применения данной меры пресечения (ч. 11 ст. 108). Жалоба подается в течение 3 суток с момента вынесения решения и рассматривается кассационным судом не позднее 3 суток с момента ее поступления.

Истечение срока содержания под стражей является основанием для освобождения подозреваемого, обвиняемого или подсудимого. Об отмене меры пресечения в виде заключения под стражу должно быть вынесено постановление (определение) суда, прокурора, следователя или дознавателя (ч. 2 ст. 110). Однако даже и без вынесения такого решения обвиняемый подлежит освобождению в связи с истечением срока применения данной меры пресечения. Механизм освобождения предусмотрен ч. 3 ст. 94 УПК и ч. 2, 3 ст. 50 Федерального закона «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» и состоит в следующем. Не позднее чем за 24 часа до истечения срока содержания под стражей начальник места содержания под стражей обязан уведомить об этом ведущий процесс орган, а также прокурора, которым предписано освободить всякого содержащегося под стражей свыше установленного срока (ч. 2 ст. 10 УПК). Если по истечении срока содержания под стражей решение об освобождении или о продлении срока (сообщение об этом решении) не поступило, то начальник места содержания под стражей освобождает обвиняемого своим постановлением. Об освобождении обвиняемого начальник места содержания под стражей уведомляет орган, ведущий данное дело. В отношении освобожденного обвиняемого может быть избрана другая мера пресечения при наличии соответствующих оснований, условий и мотивов.

В срок содержания под стражей обвиняемого (подсудимого) засчитывается календарное время, в течение которого по всем соединенным в одно производство делам он находился: под домашним арестом (ст. 107); в медицинском или психиатрическом стационаре (ст. 203, 435); под стражей на территории иностранного государства по запросу Российской Федерации о его выдаче (ст. 460). Кроме того, срок содержания под стражей в стадии предварительного расследования включает все время, в течение которого подозреваемый пребывал в качестве задержанного в порядке ст. 91, 92.

При повторном заключении под стражу обвиняемого (подозреваемого или подсудимого) срок содержания под стражей исчисляется с учетом времени, проведенного им под стражей ранее по этому же делу, по соединенному и выделенному делу. Это правило применяется вне зависимости от того, было ли ранее дело прекращено, приостановлено, возвращено прокурором в порядке ст. 221 или судом в порядке ст. 237 УПК.

При возвращении уголовного дела следователю прокурором для дополнительного расследования (п. 3 ч. 1 ст. 221) или прокурору судом (ст. 237) срок содержания обвиняемого под стражей устанавливается на общих основаниях. Так же решается вопрос и при возвращении уголовного дела из кассационной инстанции в суд первой или апелляционной инстанции. Поэтому если срок не был продлен, то он продлевается в соответствии со ст. 109 или ст. 255. При истечении предельного срока содержания под стражей или при отсутствии решения суда о продлении срока по иным причинам обвиняемый освобождается в связи с истечением срока содержания под стражей, а заключение под стражу как мера пресечения отменяется или изменяется.

§ 6. ИНЫЕ МЕРЫ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРИНУЖДЕНИЯ

Кроме задержания подозреваемого и мер пресечения уголовно-процессуальный закон выделяет группу иных (т.е. остальных) мер процессуального принуждения. Среди них в гл. 14 УПК указаны обязательство о явке, привод, временное отстранение от должности, наложение ареста на имущество, денежное взыскание, обращение залога в доход государства. И это не исчерпывающий перечень иных мер принуждения. К ним также относятся: помещение обвиняемого (подозреваемого) в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы (ст. 203, 435); меры воздействия за нарушение порядка в судебном заседании (ст. 258). С применением принуждения связано производство большинства следственных действий (обыск, выемка, освидетельствование). Явной принудительностью обладает ограничение процессуальных прав в виде лишения обвиняемого возможности ознакомиться с материалами оконченного следствия при неявке без уважительных причин (ч. 5 ст. 215), затягивании ознакомления с делом (ч. 3 ст. 217) и ограничение времени ознакомления с протоколом судебного заседания (ч. 7 ст. 259). Под признаки мер принуждения подпадает и принудительное осуществление процессуальных прав, например обязательное участие защитника даже тогда, когда обвиняемый от него отказался (ч. 2 ст. 52).

Уголовно-процессуальный закон делит иные меры принуждения на две группы:

а) применяемые к обвиняемому и подозреваемому (ч. 1 ст. 111); б) применяемые к потерпевшему, свидетелю, гражданскому истцу, гражданскому ответчику, эксперту, специалисту, переводчику, понятому и некоторым другим участникам процесса, например личному поручителю (ч. 2 ст. 111). Для наложения ареста на имущество (ст. 115—116) это деление носит условный характер. Может быть арестовано имущество не только обвиняемого и подозреваемого, но и гражданского ответчика.

1. Обязательство о явке

Обязательство о явке предусмотрено ст. 112 и представляет собой превентивно-обеспечительную меру процессуального принуждения, сущность которой состоит в письменном разъяснении обязанности являться по вызову и сообщать о перемене места жительства. Эта мера является психолого-принудительной, поэтому она основана на обязательстве самого участника процесса, которое дается добровольно (п. 3.4 Токийских правил, принятых Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 14.12.90 № 45/110). Обязательство о явке следует отличать от подписки о невыезде и надлежащем поведении (ст. 102).

Обязательство о явке отбирается только у тех участников процесса, на которых законом возложена обязанность являться по вызову и которые могут быть подвергнуты приводу. Тем самым обеспечивается участие в деле тех лиц, чье личное присутствие в процессе незаменимо как источников показаний: подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетеля. Письменное разъяснение обязанности явиться по вызову может быть сделано и другим участникам процесса (гражданскому ответчику, представителю гражданского истца, защитнику, специалисту, эксперту, понятому и др.). При этом они не дают обязательства сообщать о перемене места жительства, но им разъясняются особые последствия неявки. Например, при неявке без уважительных

причин представителя гражданского истца иск может быть оставлен без рассмотрения (ч. 3 ст. 250), при неявке защитника он может быть заменен (ч. 3 ст. 50).

Обязательство о явке — наименее принудительная мера по сравнению со всеми остальными. Это позволяет применять ее до возбуждения уголовного дела, а также после приостановления дела (разъяснение обязанности явиться по вызову, который будет сделан уже по возбужденному делу).

Основанием применения обязательства о явке является предположение о том, что подозреваемый, обвиняемый, потерпевший или свидетель могут не явиться по вызову. Это предположение не требует наличия уголовно-процессуальных доказательств. В отношении подозреваемого и обвиняемого обязательство о явке отбирается тогда, когда нет оснований для избрания меры пресечения (ст. 97).

Процессуальный порядок применения обязательства о явке включает в себя: принятие решения об этом (без вынесения отдельного постановления), получение письменного обязательства, разъяснение последствий его нарушения. Должностное лицо, осуществляющее уголовное судопроизводство, составляет письменный документ — обязательство о явке, в котором участник процесса дает обещание: своевременно являться по вызову, заблаговременно уведомлять об уважительных причинах неявки, незамедлительно уведомлять о перемене места жительства или регистрации. При отказе дать обязательство о явке целесообразно составить протокол, фиксирующий факты разъяснения обязанностей участнику процесса и его отказ дать обязательство. Такой протокол будет одним из доказательств оснований применения последующих мер процессуального принуждения. В тексте обязательства делается отметка о разъяснении последствий неявки по вызову. Для подозреваемого и обвиняемого — это привод, избрание меры пресечения. Для потерпевшего и свидетеля — это привод, денежное взыскание. Нарушение процессуальных обязанностей может повлечь не только уголовно-процессуальную ответственность, но и административную (например, по ст. 17.7 КоАП РФ).

2. Привод

Привод — это восстановительная мера уголовно-процессуального принуждения, состоящая в принудительном доставлении в органы расследования или в суд для участия в процессуальных действиях лиц — источников показаний, не явившихся по неуважительной причине. Привод предусмотрен ст. 113.

Данную меру уголовно-процессуального принуждения следует отличать от сходных мер, обеспечивающих производство по административному делу: доставления (ст. 27.2 КоАП РФ) и привода (ст. 27.15 КоАП РФ); меры ответственности в исполнительном производстве в виде привода (ст. 24 Федерального закона от 02.11.2007 г. «Об исполнительном производстве»).

Приводу подвергаются только те участники процесса, чье личное присутствие в процессе незаменимо как источников показаний и для которых это прямо предусмотрено законом. Приводу подвергаются подозреваемый, обвиняемый, потерпевший и свидетель. Если для дачи показаний вызываются понятые, то они приобретают статус свидетеля (ч. 1 ст. 56 УПК) и могут быть подвергнуты приводу уже в этом качестве.

Основанием привода является состав уголовно-процессуального правонарушения. Должны быть доказаны как минимум три обстоятельства:

а) участник процесса не явился в назначенный срок, что подтверждается протоколом процессуального действия, справкой. Для привода достаточно одного случая неявки, однако на практике иногда применяют привод только после двукратного вызова;

б) участник процесса был уведомлен о вызове: имеется корешок повестки с его подписью, расписка в протоколе судебного заседания, уведомление почтового учреждения об отказе получить повестку, рапорт или протокол допроса нарочного (лица, доставлявшего повестку);

в) данный участник процесса не уведомил о наличии уважительных причин своей неявки. Уважительными причинами неявки являются: несвоевременное получение повестки, болезнь, стихийное бедствие, длительный непредвиденный перерыв в движении транспорта, болезнь члена семьи или наличие малолетних детей при невозможности поручить кому-либо уход за ними и др. О наличии причин, препятствующих явке, вызываемое лицо обязано заблаговременно уведомить тот орган, которым оно вызывалось (ч. 3 ст. 113). Поэтому отсутствие уважительных причин неявки предполагается, если есть доказательства того, что лицо знало о вызове.

Действующий УПК не предусматривает привода без предварительного вызова (уведомления).

О приводе следователь, дознаватель, прокурор или судья выносит мотивированное постановление, а суд — определение. Копия этого решения остается в деле, а подлинник направляется для исполнения: в стадии предварительного расследования — соответствующему органу дознания, указанному в ч. 1 ст. 40, в судебном производстве — судебному приставу по обеспечению установленного порядка деятельности судов (ч. 7 ст. 113).

Исполнение привода регулируется ведомственными нормативными актами¹.

Привод исполняется, как правило, по месту фактического проживания лиц, уклоняющихся от явки. После установления личности лица, подлежащего приводу, ему объявляется постановление о приводе, что удостоверяется его подписью в постановлении. Об обстоятельствах, препятствующих исполнению привода, а также о фактах неповиновения сообщается органу, вынесшему решение о приводе. Применение физической силы или специальных средств допускается только для пресечения правонарушения (неповиновения, сопротивления законным требованиям сотрудника милиции или судебного пристава).

Существующие ограничения по исполнению привода состоят в запрете его производства в ночное время, т.е. в период с 22 до 6 часов по местному времени (п. 21 ст. 5), или связаны с особым физическим состоянием участника процесса. Не подлежат приводу несовершеннолетние в возрасте до 14 лет, беременные женщины, а также больные, которые по состоянию здоровья не могут оставлять место своего пребывания. Наличие и тяжесть болезни должны быть установлены путем доказывания (получение справки врача). Несовершеннолетние до 14 лет и беременные женщины не могут доставляться принудительно. При их согласии явиться в органы расследования или в суд они могут сопровождаться непосредственным исполнителем привода.

¹ См. инструкции: «О порядке осуществления привода», утвержденную приказом МВД РФ от 21.06.2003 № 438 (Российская газета. 11.07.2003 г.); «О порядке исполнения судебными приставами распоряжений председателя суда, судьи или председательствующего в судебном заседании», утвержденную приказом Минюста РФ от 03.08.99 № 226.

При этом им должны быть разъяснены последствия неявки и невыполнения требований сотрудника милиции и судебного пристава.

Решение о приводе и действия по его исполнению могут быть обжалованы заинтересованными лицами руководителю следственного органа или в суд (гл. 16 УПК).

3. Временное отстранение от должности

Отстранение от должности (ст. 114 УПК) — это превентивно-обеспечительная мера процессуального принуждения, содержание которой состоит во временном недопущении подозреваемого или обвиняемого к выполнению своих трудовых обязанностей в целях предупреждения его попыток воспрепятствовать производству по делу или исполнению приговора.

Анализ процессуального закона позволяет выделить три специальных условия временного отстранения от должности:

а) наличие у лица процессуального статуса подозреваемого или обвиняемого;

б) наличие у подозреваемого или обвиняемого статуса должностного лица. Формально понятие должностного лица дано в примечании к ст. 285 УК РФ. Однако это понятие относится к субъектам должностных преступлений и не полностью раскрывает термин «должностное лицо», используемый в процессуальном законе (ст. 114 УПК). Отстранение обвиняемого от должности преследует не только цель предотвращения его попыток воспрепятствовать выяснению истины, но и обеспечить исполнение приговора (ч. 1 ст. 111 УПК). Данная мера может обеспечивать исполнение будущего наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (ст. 47 УК РФ). Поэтому обвиняемый должен быть отстранен не только от государственной должности, но и от работы по специальности, если преступление, вменяемое ему в вину, связано с этой работой (особенно если санкция соответствующей статьи Особенной части УК РФ предусматривает наказание в виде лишения права заниматься определенной деятельностью). Например, может быть отстранен бухгалтер, обвиняемый в подделке финансовых документов; водитель, обвиняемый в преступном нарушении правил дорожного движения;

в) в отношении обвиняемого не применены меры пресечения в виде заключения под стражу или домашнего ареста. Содержание обвиняемого в условиях жесткой изоляции обычно само по себе исключает выполнение им своих трудовых обязанностей.

Основанием временного отстранения подозреваемого или обвиняемого от должности является обоснованное предположение, что при исполнении им своих должностных обязанностей он может совершить новое общественно опасное деяние, воспрепятствовать выяснению истины по делу, также необходимость исполнения возможного наказания в виде лишения права заниматься определенным видом деятельности. Это предположение должно вытекать из конкретных фактов, установленных путем доказывания.

В досудебных стадиях для временного отстранения подозреваемого или обвиняемого от должности (кроме высших должностных лиц страны) следователь с согласия руководителя следственного органа, а дознаватель — с согласия прокурора выносит мотивированное постановление о возбуждении перед судом соответствующего ходатайства. Данная мера принуждения ограничивает конституционное право на распоряжение способностями к труду и выбор профессиональной деятельности (ч. 1 ст. 37

Конституции РФ), поэтому применяется только по судебному решению (п. 10 ч. 2 ст. 29 УПК). Ходатайство рассматривается районным (или военным того же уровня) судьей (ч. 9 ст. 31) по месту производства предварительного следствия. В течение 48 часов судья выносит постановление о временном отстранении от должности или об отказе в этом. Постановление об отстранении от должности направляется администрации по месту работы подозреваемого или обвиняемого, которая обязана его исполнить.

Процессуальный закон прямо не предусматривает временное отстранение от должности в судебных стадиях. Однако такая возможность существует исходя из смысла данной меры принуждения и содержания ч. 2 ст. 29. Суд по делу, находящемуся в его производстве, должен иметь право по указанным в ст. 114 основаниям отстранить обвиняемого от должности как по инициативе стороны обвинения, так и по собственной инициативе (при отсутствии возражений со стороны обвинителя).

В постановлении о временном отстранении от должности указывается решение судьи о назначении обвиняемому государственного пособия в размере 5 МРОТ.

Временное отстранение от должности отменяется по постановлению следователя, дознавателя, прокурора, судьи или по определению суда, когда отпадают основания для его применения. Во всяком случае отстранение от должности отменяется при отпадении:

а) общих условий для применения мер процессуального принуждения: при прекращении уголовного дела (ст. 213, 239); постановлении оправдательного приговора или приговора, не связанного с назначением наказания (ст. 306, 311); обращении обвинительного приговора к исполнению (ч. 4 ст. 390, ст. 393); приостановлении уголовного дела;

б) специальных условий для применения этой меры принуждения: прекращении уголовного преследования в отношении этого подозреваемого или обвиняемого, прекращении его трудовых отношений (ст. 77 ТК РФ); заключении обвиняемого под стражу или под домашний арест.

Для отстранения от должности руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации (губернатора края, председателя правительства республики) существует специальная процедура (ч. 5 ст. 114 УПК). При условии обвинения столь высокопоставленного руководителя в совершении умышленного преступления, за которое предусмотрено наказание свыше 5 лет лишения свободы, Генеральный прокурор РФ направляет Президенту РФ мотивированное представление о временном отстранении от должности указанного лица. Президент в течение 48 часов с момента поступления представления принимает решение об отстранении от должности или об отказе в этом.

Для ряда категорий должностных лиц, обладающих служебным иммунитетом, установлен особый порядок возбуждения уголовного дела и привлечения в качестве обвиняемых (ст. 447—448 УПК). При соблюдении этого порядка временное отстранение их от должности производится на общих основаниях.

Решение суда об отстранении от должности может быть обжаловано в апелляционном, кассационном порядке как самим обвиняемым, так и администрацией по месту его работы¹.

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 23.03.99 № 5-П по делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и 220 УКП РСФСР в связи с жалобами граждан В.К. Борисова, Б.А. Кехмана, В.И. Монастырецкого, Д.И. Фуфлыгина и ООО «Моноком» // СЗ РФ. 1999. № 14.

Кроме специальной меры принуждения в виде временного отстранения от должности на практике иногда используется другая процедура. Если по делу будет установлено, что трудовая деятельность обвиняемого (подозреваемого или его руководителя) послужила условием совершения преступления, то следователь вправе направить представление соответствующей администрации (ч. 2 ст. 158 УПК), а суд — частное определение (ч. 4 ст. 29 УПК) об устранении данного условия. При этом администрация, рассматривая представление и частное определение, имеет право (но не обязана) отстранить от работы или уволить обвиняемого в соответствии с законодательством о труде.

4. Наложение ареста на имущество

Наложение ареста на имущество (ст. 115—116 УПК) — это превентивно-обеспечительная мера процессуального принуждения, содержание которой состоит в действиях по предупреждению сокрытия или отчуждения имущества с целью обеспечить исполнение приговора в части имущественных взысканий. К последним относятся: а) удовлетворение гражданского иска, заявленного в уголовном деле (ст. 44, 309 УПК); б) конфискация имущества, полученного в результате преступных действий или нажитого преступным путем, а также иного имущества, указанного в ст. 104¹ УК РФ; в) другие имущественные взыскания с обвиняемого или гражданского ответчика, связанные с данным уголовным делом (взыскание процессуальных издержек с осужденного — ч. 1 ст. 132 УПК, наложение денежного взыскания на законных представителей несовершеннолетнего обвиняемого или подозреваемого за неисполнение обязанностей по присмотру — ст. 117 УПК).

Наложение ареста на имущество допускается только при наличии одного или нескольких специальных условий:

а) установлено причинение имущественного или морального вреда преступлением и заявлен гражданский иск;

б) имеются доказательства того, что имущество, подлежащее конфискации в соответствии со ст. 104¹ УК РФ, получено в результате совершения преступления или является доходами от этого имущества либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации);

в) по делу имеются судебные издержки, которые реально могут быть возложены на обвиняемого (ст. 131—132). На законных представителей обвиняемого (подозреваемого) наложено денежное взыскание в порядке ст. 117—118 УПК.

Основанием наложения ареста на имущество является обоснованное предположение, что непринятие этой меры может затруднить или сделать невозможным исполнение приговора в части имущественных взысканий. На практике указанное основание часто презюмируется — выводится только из того обстоятельства, что возможно наложение имущественного взыскания по приговору суда.

Арест налагается на имущество, находящееся у подозреваемого, обвиняемого или у лиц, несущих по закону материальную ответственность за их действия. Этими лицами могут быть: работодатель обвиняемого или подозреваемого (ст. 1068 ГК РФ), финансовые органы соответствующей казны, ответственные за действия должностных лиц (ст. 1069—1071 ГК РФ), законные представители не полностью дееспособ-

ных (ст. 1074, 1077 ГК РФ), владелец источника повышенной опасности (ст. 1079 ГК РФ) и др. По гражданскому иску эти лица признаются гражданскими ответчиками (ст. 54 УПК). По гражданскому иску соучастники преступления несут солидарную ответственность, поэтому в обеспечение иска их имущество может быть арестовано в любых пропорциях, но общая его стоимость не должна превышать грозящего имущественного взыскания.

Закон (ч. 3 ст. 115 УПК) предусматривает возможность ареста имущества, находящегося у других лиц, если есть достаточные основания полагать, что оно получено в результате преступных действий подозреваемого, обвиняемого либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации).

Имущество, полученное в результате совершения преступления, обладает признаками вещественного доказательства (п. 2.1 ч. 1 ст. 81). Оно изымается с помощью обыска, выемки, осмотра, а затем арестовывается (п. 3.1 ч. 2 ст. 82).

Если уже изъятые вещественные доказательства, предмет залога, задержанные в порядке ст. 185 УПК почтово-телеграфные отправления (посылки, денежные переводы) принадлежат гражданскому ответчику, то на них может быть наложен арест по общим правилам.

Арест не налагается на имущество, на которое в соответствии с ГПК РФ (ст. 446) не может быть обращено взыскание.

Наложение ареста на имущество производится только в судебном порядке (п. 9 ч. 2 ст. 29 УПК), так как «никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда» (ч. 3 ст. 35 Конституции РФ).

В стадии предварительного расследования следователь с согласия руководителя следственного органа, а также дознаватель с согласия прокурора в порядке, предусмотренном для получения судебного разрешения на производство следственного действия (ст. 165), выносят мотивированное постановление о возбуждении ходатайства о наложении ареста на имущество. Ходатайство рассматривается не позднее 24 часов с момента поступления единолично судьей уровня районного суда по месту производства предварительного расследования или нахождения имущества. По результатам разбирательства судья выносит соответствующее постановление. В нем он должен указать на конкретные фактические обстоятельства, послужившие основанием для наложения ареста на имущество. Постановление судьи исполняется органом, осуществляющим предварительное расследование.

В судебных стадиях судья, принявший дело к производству, выносит постановление о наложении ареста на имущество по ходатайству стороны обвинения (п. 5 ст. 228, ст. 230). Представляется, что при наличии указанных выше оснований и условий судья должен иметь право наложить арест на имущество и по своей инициативе, при отсутствии возражений со стороны обвинения. Постановление о наложении ареста на имущество, вынесенное в судебном производстве, исполняется судебным приставом-исполнителем.

Копия постановления вручается гражданскому истцу по его просьбе об этом (п. 13 ч. 4 ст. 44 УПК). Для обжалования данного постановления с ним должен быть ознакомлен и гражданский ответчик.

Закон не запрещает налагать арест на имущество, указывая в постановлении лишь его принадлежность и стоимость. Тогда уже после вынесения судом постановления

следователь (дознатель) или судебный пристав-исполнитель должны установить и разыскать конкретное имущество, подлежащее аресту.

Подлежащее аресту имущество устанавливается и разыскивается путем производства следственных действий (обыска, выемки, осмотра, допроса), направления запросов, а также по соответствующему поручению — путем оперативно-розыскных мероприятий.

Порядок исполнения постановления о наложении ареста на имущество аналогичен порядку производства обыска, в ходе которого должны соблюдаться общие правила производства следственных действий (ст. 164). Исполнение наложения ареста на имущество производится в присутствии не менее двух понятых. Кроме того, в нем могут участвовать:

а) специалист (например, товаровед — для оценки стоимости имущества; криминалист — для обнаружения тайных хранилищ; слесарь — для вскрытия запертых дверей);

б) заинтересованные лица. Представляется, что должно обеспечиваться право представителей владельцев арестовываемого имущества (и объекта, в котором производится опись) на присутствие при принудительных поисковых действиях, фиксации признаков и изъятии имущества.

Имущество, на которое наложен арест, может быть изъято либо передано на хранение определенным лицам по усмотрению лица, производившего арест. Денежные средства в рублях и иностранной валюте, драгоценные металлы и драгоценные камни, ювелирные и другие изделия из золота, серебра, платины и металлов платиновой группы, драгоценных камней и жемчуга, а также лом и отдельные части таких изделий, обнаруженные при описи имущества, на которое наложен арест, подлежат обязательному изъятию. Передача их на хранение осуществляется в соответствии с нормами финансового права. Вещи и иное имущество, подвергающиеся быстрой порче, изымаются и передаются для реализации немедленно. Лицам, которым арестованное имущество передается на хранение, разъясняются их права и обязанности (например, запрет пользования), а также ответственность за сохранность имущества, в том числе уголовная (ст. 312 УК РФ). О разъяснении делается запись в протоколе.

При исполнении ареста подлежат изъятию (копированию) правоустанавливающие документы (если они имеются): технические паспорта на номерные вещи, гарантийные талоны на бытовую технику, товарные и кассовые чеки и др. Этим исключается неправомерный арест чужого имущества, а также опровергаются возможные ложные заявления (в том числе исковые) о том, что арестованное имущество принадлежит другим лицам.

После исполнения наложения ареста на имущество составляется протокол по правилам, предусмотренным ст. 166, 167. В протоколе отражаются индивидуально-определенные признаки арестовываемого имущества, его стоимость либо факт отсутствия имущества, подлежащего аресту. Копия протокола вручается лицам, у которых производился арест имущества, а также лицу, которому имущество передано на ответственное хранение.

Наложение ареста отменяется на основании постановления ведущего процесс следователя, дознавателя, прокурора, судьи и определения суда, когда отпадают основания для применения ареста.

Решение и действия по наложению ареста на имущество могут быть обжалованы заинтересованными участниками процесса в порядке, предусмотренном гл. 16 УПК.

Третьи лица вправе подать иск об исключении имущества из описи (освобождения от ареста) в порядке гражданского судопроизводства¹. Удовлетворение иска влечет отмену ареста конкретного имущества, а решение гражданского суда о принадлежности имущества имеет преюдициальную силу для уголовного суда. Иск об освобождении имущества от ареста может быть подан в течение срока исковой давности (3 года) после исполнения имущественного взыскания².

Существенными особенностями обладает исполнение решения о наложении ареста на имущество трех отдельных видов.

1. Арест денежных средств и иных ценностей, находящихся на счете, во вкладе или на хранении в банках и иных кредитных организациях. Постановление о наложении ареста на ценности направляется кредитной организации, которая обязана незамедлительно по получении постановления его исполнить — прекратить расходные операции по данному счету полностью или частично в пределах средств, на которые наложен арест (ст. 27 Закона РФ от 02.12.90 № 395-І «О банках и банковской деятельности»). При этом арест налагается не на сам банковский счет, а на имеющиеся на нем средства в установленных в постановлении суда пределах. Поэтому наложение ареста не влечет приостановления приходных и расходных операций по данному счету в отношении средств, на которые не наложен арест. Считается, что арест не может быть наложен и на суммы, которые в будущем поступят на счет³. Если на счете не хватило средств для исполнения ареста, то руководители этих организаций обязаны предоставить информацию о поступлении и наличии средств по запросу суда на основании судебного решения, а также следователя или дознавателя. На практике целесообразно направлять требование о предоставлении такой информации, если средства поступят на счет, вклад или хранение. Должностным лицам кредитной организации можно поручать хранение арестованных ценностей с предупреждением их об ответственности по ст. 312 УК РФ.

Ценности из индивидуальных банковских хранилищ, арендованных гражданским ответчиком, могут быть изъяты и в обычном порядке.

2. Арест недвижимого имущества. Заверенная копия постановления суда о наложении ареста на недвижимое имущество направляется для исполнения в учреждение юстиции по государственной регистрации прав на недвижимость в трехдневный срок (ст. 28 Федерального закона от 21.07.97 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»). Получив копию, учреждение юстиции производит государственную регистрацию ограничения права правообладателя недвижимости, о чем уведомляет его в письменной форме не позднее 5 рабочих дней со дня регистрации. Сведения об аресте недвижимости вносятся в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним.

3. Арест ценных бумаг (ст. 116 УПК). Ценные бумаги — это документы, удостоверяющие с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов иму-

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 23.03.99 № 5-П; определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 26.11.93 № 040.020.000 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 4.

² См. постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.04.85 № 5 «О практике рассмотрения судами Российской Федерации дел об освобождении имущества от ареста (исключении из описи)» с изм. на 25.10.96 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1997. № 1.

³ См. письмо Банка России от 17.10.98 № 293-Т // Бухгалтерский бюллетень. 1998. № 11.

щественные права, осуществление или передача которых возможны только при их предъявлении (ч. 1 ст. 142 ГК РФ). В соответствии с гражданским законодательством к ценным бумагам относятся: государственная облигация, облигация, вексель, чек, депозитный и сберегательный сертификаты, банковская сберегательная книжка на предъявителя, коносамент, акция, приватизационные ценные бумаги, части двойного складского свидетельства, простое складское свидетельство и другие документы, которые законами о ценных бумагах или в установленном ими порядке отнесены к числу ценных бумаг (ст. 143, 912 ГК РФ).

Ценная бумага может существовать в документарной или бездокументарной форме. Документарная ценная бумага имеет вид сертификата — «бумажного документа» (сертификаты акций, депозитные, сберегательные). Арест сертификата налагается по месту его нахождения. Бездокументарные ценные бумаги фиксируются в специальном реестре, в том числе в виде электронной базы данных (ст. 149 ГК РФ). Они арестовываются по месту учета прав владельца этих бумаг. Это может быть место нахождения: акционерного общества (или другого эмитента), профессиональных участников рынка ценных бумаг (регистраторов и депозитариев) или номинального держателя ценных бумаг (например, брокера).

Наложение ареста на ценные бумаги не применяется для ограничения неимущественных прав их владельцев. Например, арест акций не ограничивает права акционера по участию в акционерных собраниях и органах управления акционерного общества. Для таких ограничений в целях пресечения процессуальных правонарушений обвиняемого используется временное отстранение от должности (ст. 114) или мера пресечения (ст. 97).

В судебных стадиях исполнение постановления о наложении ареста на ценные бумаги должно осуществляться в соответствии с постановлением Правительства РФ от 12.08.98 г. № 934 «Об утверждении порядка наложения ареста на ценные бумаги»¹. По аналогии установленные в нем правила могут применяться и в предварительном расследовании.

В протоколе о наложении ареста на ценные бумаги по возможности фиксируется ряд дополнительных сведений: общее количество ценных бумаг, их категория или серия; номинальная стоимость; государственный регистрационный номер; сведения о лицах, выдавших ценные бумаги или осуществивших их учет; сведения о сертификате ценной бумаги (ч. 3 ст. 116 УПК). Кроме этого, в протоколе целесообразно указать рыночную стоимость ценных бумаг, так как она определяет количество бумаг, подлежащих аресту.

5. Денежное взыскание

Денежное взыскание (ст. 117 УПК) — это карательная мера процессуального принуждения, представляющая собой процессуальную санкцию за совершение уголовно-процессуального правонарушения. Уплата или принудительное взыскание денежных сумм являются мерой уголовно-процессуальной ответственности. Данную меру процессуального принуждения следует отличать от мер административной ответственности в виде штрафа за неисполнение распоряжения судьи или

¹ Российская газета. 19.08.98 г.

судебного пристава о прекращении действий, нарушающих установленные в суде правила (ст. 17.3 КоАП РФ), либо умышленное невыполнение законных требований прокурора, следователя, дознавателя (ст. 17.7 КоАП РФ). Кроме основной цели — наказания нарушителя — денежное взыскание имеет и предупредительное значение.

Основанием наложения денежного взыскания является уголовно-процессуальное правонарушение, включающее в себя следующие элементы:

а) действие или бездействие участника процесса, нарушающее его обязанность, предусмотренную УПК, в том числе обязанность соблюдать порядок в зале судебного заседания;

б) вина участника процесса. Он должен знать о своей обязанности и умышленно или по неосторожности ее не выполнить; при наличии уважительных причин неисполнения обязанности денежное взыскание не налагается.

Специальным условием наложения денежного взыскания является определенный статус участника процесса. Денежное взыскание налагается на: потерпевшего, свидетеля, гражданского истца, гражданского ответчика, эксперта, специалиста, переводчика (ч. 2 ст. 111); личного поручителя за необеспечение им надлежащего поведения обвиняемого или подозреваемого (ч. 4 ст. 103); лицо, принявшее под присмотр и не обеспечившее надлежащее поведение несовершеннолетнего обвиняемого или подозреваемого (ч. 3 ст. 105); лицо, присутствующее в зале судебного заседания, за нарушение порядка, неподчинение распоряжениям председательствующего или судебного пристава (ч. 1 ст. 258); присяжного заседателя — за неявку в суд без уважительной причины (ч. 3 ст. 333).

В то же время денежное взыскание не может быть наложено на обвиняемого или подозреваемого. В системе иных мер процессуального принуждения денежное взыскание не указано среди мер, применяемых к обвиняемому и подозреваемому (ч. 1 ст. 111).

Общий размер денежного взыскания не должен превышать 25 МРОТ (ст. 117). Однако в соответствии со специальными процессуальными нормами (ч. 4 ст. 103, ч. 3 ст. 105) сумма взыскания может достигать 100 МРОТ при ответственности личного поручителя и лиц, взявших обязательства по присмотру за несовершеннолетним.

Порядок наложения денежного взыскания предусмотрен ст. 118 УПК. Этот же порядок применяется и для обращения залога в доход государства.

Денежное взыскание налагается судом.

В судебных стадиях решение о наложении денежного взыскания принимается тем же судом, который рассматривает данное уголовное дело. В судебном заседании, во время которого было допущено нарушение, суд выносит постановление или определение о наложении денежного взыскания, что заносится в протокол судебного заседания (ч. 2 ст. 256). Однако для обеспечения исполнения данного решения и права его обжалования представляется целесообразным оформлять его в виде отдельного документа.

В стадии предварительного расследования решение о наложении денежного взыскания принимает судья по ходатайству органов расследования. Следователь, дознаватель или прокурор составляют протокол о нарушении по правилам ст. 166—167. В этом протоколе должны быть отражены доказательства наличия уголовно-процессуального правонарушения. Протокол направляется в районный суд по месту предва-

рительного расследования. Судья назначает судебное заседание так, чтобы протокол был рассмотрен не позднее 5 суток с момента его поступления в суд. В судебное заседание вызываются нарушитель и лицо, составившее протокол. Неявка нарушителя без уважительных причин не препятствует рассмотрению дела. При наличии уважительных причин неявки нарушителя или при неявке лица, составившего протокол (следователя, дознавателя или прокурора), судебное заседание должно быть отложено.

При определении размера денежного взыскания суд должен учесть обстоятельства уголовно-процессуального правонарушения, степень вины, особенности личности нарушителя, имущественное положение. Копии постановления направляются заинтересованным лицам вне зависимости от содержания решения. В постановлении судьи может быть решен вопрос о рассрочке или отсрочке уплаты денежных сумм на срок до 3 месяцев.

Решение суда о наложении денежного взыскания может быть обжаловано в вышестоящий суд в апелляционном, кассационном или надзорном порядке (ст. 355, 402). В апелляционном порядке обжалуется решение мирового судьи по нарушению, допущенному в ходе судебного заседания, в котором он председательствовал. Обжалование в кассационном или апелляционном порядке решения суда о наложении денежного взыскания приостанавливает его исполнение.

Раздел V

ИНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ ОБЩЕЙ ЧАСТИ

§ 1. ХОДАТАЙСТВА И ЖАЛОБЫ

Ходатайство — официальная просьба о совершении процессуальных действий или принятии процессуальных решений, обращенная к органу дознания, дознавателю, следователю, суду (ч. 2 ст. 119 УПК). Оно может быть заявлено в целях: а) установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела; б) обеспечения прав и законных интересов лица, заявившего ходатайство, или представляемого им лица (ч. 1 ст. 119 УПК). Представляется, что по аналогии закона ходатайства об обеспечении прав и законных интересов лица могут быть заявлены участниками процесса также прокурору, руководителю следственного органа и начальнику органа дознания¹.

Право на заявление ходатайств имеют: подозреваемый, обвиняемый, его защитник, потерпевший, его законный представитель и представитель, частный обвинитель, эксперт, а также гражданский истец, гражданский ответчик, их представители. Ходатайство о дополнении и об уточнении протокола допроса имеет право заявить свидетель, причем это ходатайство подлежит обязательному удовлетворению (п. 5 ч. 4 ст. 56, ч. 6 ст. 190). В судебном разбирательстве заявляет ходатайства государственный обвинитель (ч. 3 ст. 119) и т.д.

Ходатайство может быть заявлено в любой момент производства по уголовному делу. Однако в ряде случаев заявление ходатайства возможно только в определенный момент производства по делу. Так, заявление и разрешение в судебном заседании ходатайств о вызове новых свидетелей, экспертов и специалистов, об истребовании вещественных доказательств и документов или об исключении доказательств, полученных с нарушением требований УПК, допускается только после разъяснения прав участникам процесса (ст. 271); заявление ходатайств при рассмотрении дела судом кассационной инстанции может иметь место лишь после открытия председательствующим судебного заседания (ч. 2 ст. 377) и т.д.

Письменное ходатайство приобщается к уголовному делу, устное — заносится в протокол следственного действия или судебного заседания. Заявление ходатайств в ходе судебного разбирательства не должно нарушать его порядок. Участник уголовного судопроизводства, намеренный заявить ходатайство, должен стоя обратиться к суду, выбрав такой момент, чтобы не прерывать заявлением ходатайства судебных действий и выступлений других участников процесса. В своем обращении ему следует попросить разрешения суда на заявление ходатайства.

Обычно ходатайство должно быть мотивированным; исключение составляют те случаи, когда особого обоснования ходатайства не требуется, так как оно явствует из самого его содержания (например, ходатайство обвиняемого о приглашении защитника). Следователь, дознаватель, судья могут предложить участнику процесса обосновать или уточнить заявленное им ходатайство.

Ходатайство должно быть рассмотрено и разрешено непосредственно, т.е. немедленно после его заявления (ст. 121). Это правило имеет значение главным образом

¹ Так, например, прокурору может быть заявлено ходатайство о вручении копии обвинительного заключения (ч. 2 ст. 222) и о признании доказательств недопустимыми (ч. 3 ст. 88).

для судебных стадий процесса, поскольку разрешение ходатайства, заявленного на предварительном расследовании, по усмотрению следователя, органа дознания, дознавателя может быть отложено на срок не более 3 суток. Однако суд или судья не вправе отложить рассмотрение и разрешение ходатайства, заявленного в ходе судебного заседания, на более поздний этап судебного разбирательства по мотивам нецелесообразности или преждевременности его разрешения в данный момент. Он обязан немедленно рассмотреть и разрешить ходатайство по существу. Это не лишает суд права отказать в удовлетворении ходатайства, если относимость указанных в ходатайстве обстоятельств к данному делу на момент разрешения ходатайства еще не ясна. Отклонение ходатайства не лишает заявителя права вновь заявить ходатайство на более позднем этапе производства по делу. Суд должен разъяснить соответствующему участнику процесса его право заявить это ходатайство вновь (ч. 3 ст. 271).

Об удовлетворении ходатайства либо о полном или частичном отказе в его удовлетворении дознаватель, следователь, судья выносят постановление, а суд — определение, которое доводится до сведения лица, заявившего ходатайство. Определение или постановление об отказе в удовлетворении ходатайства должно быть мотивированным (ч. 4 ст. 7). Не может считаться мотивированным отказ в удовлетворении ходатайства, если в нем не указаны законные для этого основания.

Отказ в удовлетворении любого ходатайства может быть обжалован его заявителем прокурору или в суд (ст. 124, 125).

§ 2. ОБЖАЛОВАНИЕ ДЕЙСТВИЙ И РЕШЕНИЙ СУДА И ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

Право на обжалование действий, бездействия и решений суда и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, является продолжением и конкретизацией принципа охраны прав и свобод человека в уголовном судопроизводстве (ст. 11 УПК). В нем реализованы нормы Конституции РФ, устанавливающие право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45), и право на судебную защиту (ч. 1, 2 ст. 46). Обжалованию подлежат не только действия, но также бездействие и решения органа дознания, дознавателя, следователя и прокурора. Это делает возможной защиту прав даже в тех случаях, когда следователем, дознавателем, прокурором и судом не выносится никакого процессуального решения, которое могло бы быть предметом обжалования, но именно это нарушает права заинтересованных лиц (например, уклонение от оформления сообщений о совершенном преступлении либо от возбуждения уголовного дела без вынесения постановления об отказе; перенесение судьей судебного заседания без вынесения решения о его отложении и т.д.).

Право обжалования предоставлено не только сторонам и иным участникам уголовного судопроизводства, но и любым лицам, интересы которых неправомерно страдают от процессуальных решений и действий.

Закон предусматривает двоякую возможность обжалования по выбору заявителя — руководителю следственного органа, прокурору или в суд.

1. *Обжалование действий, бездействия и решений дознавателя, органа дознания и следователя руководителю следственного органа, прокурору.*

Руководитель следственного органа, прокурор, осуществляющий надзор за деятельностью органов предварительного расследования, должен рассмотреть жалобу, поданную заинтересованным лицом, не позднее 3 суток со дня ее получения. Срок рассмотрения прокурором жалобы может быть продлен руководителем следственного органа, прокурором с 3 до 10 суток в исключительных случаях, когда для проверки жалобы необходимо истребовать дополнительные материалы либо принять какие-либо иные меры, о чем уведомляется заявитель. О продлении срока рассмотрения жалобы руководитель следственного органа, прокурор должен принять особое мотивированное решение, которое должно иметь форму постановления. По результатам рассмотрения жалобы руководитель следственного органа, прокурор выносит мотивированное постановление — как о полном или частичном удовлетворении жалобы, так и об отказе в ее удовлетворении. Заявитель должен быть незамедлительно уведомлен о решении, принятом по жалобе, и дальнейшем порядке его обжалования.

В случаях, предусмотренных уголовно-процессуальным законом, следователь также вправе обжаловать указания руководителя следственного органа вышестоящему руководителю следственного органа. Обжалование следователем таких указаний не приостанавливает их исполнения, за исключением случаев, когда указания касаются изъятия уголовного дела и передачи его другому следователю, привлечения лица в качестве обвиняемого, квалификации преступления, объема обвинения, избрания меры пресечения, производства следственных действий, которые допускаются только по судебному решению, а также направления дела к прокурору или его прекращения. При этом следователь вправе представить руководителю вышестоящего следственного органа материалы уголовного дела и письменные возражения на указания руководителя следственного органа (ч. 3 ст. 39). Жалобы следователя должны иметь письменную форму.

Следователь также вправе (с согласия руководителя следственного органа) обжаловать постановление прокурора о возвращении ему уголовного дела для производства дополнительного следствия, изменения объема обвинения либо квалификации действий обвиняемых или пересоставления обвинительного заключения и устранения выявленных недостатков вышестоящему прокурору, а при несогласии следователя с решением последнего — Генеральному прокурору РФ — с согласия Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ либо руководителя следственного органа соответствующего федерального органа исполнительной власти (ч. 4 ст. 221).

Дознаватель вправе обжаловать указания начальника органа дознания прокурору, а указания прокурора — вышестоящему прокурору. Однако обжалование дознавателем данных указаний не приостанавливает их исполнения (ч. 4 ст. 41).

Закон предусматривает также фактически *обжалование* решений руководителей следственных органов и прокурором (ч. 6 ст. 37). Так, при несогласии руководителя следственного органа либо следователя с требованиями прокурора об устранении нарушений законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия, прокурор вначале вправе обратиться с требованием об устранении нарушений к руководителю вышестоящего следственного органа. Если последний не согласен с требованиями прокурора, то прокурор вправе обратиться к Председателю Следственного комитета при прокуратуре РФ или руководителю следственного органа федерального

органа исполнительной власти (при федеральном органе исполнительной власти). В случае их отказа прокурор вправе обратиться к Генеральному прокурору Российской Федерации, решение которого является окончательным.

2. Обжалование действий, бездействия и решений дознавателя, органа дознания, следователя и прокурора в суд.

Жалоба может быть подана непосредственно в районный суд по месту производства предварительного расследования заявителем, его защитником, законным представителем или представителем. Она может быть подана этими лицами также через дознавателя, следователя или прокурора. Жалобы обвиняемых или подозреваемых, содержащихся под стражей, должны не позднее следующего за днем подачи жалобы рабочего дня направляться адресату.

В суд могут быть обжалованы не все решения и действия (бездействие) дознавателя, следователя, прокурора, но только: а) об отказе в возбуждении уголовного дела, б) о прекращении уголовного дела, в) все иные их решения и действия (бездействие), которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию. Они могут быть обжалованы в суд по месту производства предварительного расследования (ч. 1 ст. 125). Решения об отказе в возбуждении уголовного дела и о прекращении уголовного дела выделены в этом перечне особо, поскольку наиболее очевидным образом препятствуют реализации конституционного права граждан на доступ к правосудию (ст. 52 Конституции РФ). Таким образом, законом установлен общий критерий для определения действий (бездействия) и решений, которые могут быть обжалованы в суд, — это их *способность причинить ущерб конституционным правам и свободам либо затруднить доступ граждан к правосудию*. Сам факт нарушения конституционных прав и свобод граждан является достаточным основанием для обращения за судебной защитой в период досудебного производства. Так, например, может быть обжаловано в суд нарушение конституционного права, сформулированного в виде запрета на использование судебных доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ч. 2 ст. 50 Конституции РФ). Практически это означает, что результаты любого следственного действия могут быть обжалованы в суд по мотивам нарушения при его проведении требований федерального закона. Согласно правовым позициям, выработанным Конституционным Судом РФ, в суд может быть обжаловано и постановление о возбуждении уголовного дела¹, а также неоднократное возобновление прекращенного уголовного дела, в том числе по одному и тому же основанию².

Конституционный Суд Российской Федерации в своих решениях неоднократно указывал на недопустимость ограничения права на судебное обжалование действий

¹ При проверке законности постановления о возбуждении уголовного дела суд, не предпринимая вопроса о виновности лица, вправе выяснять следующие вопросы: соблюден ли порядок вынесения данного решения, имеются ли поводы к возбуждению уголовного дела, отсутствуют ли обстоятельства, исключающие производство по делу (см. определение Конституционного Суда РФ от 27.12.2002 № 300-О по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 116, 211, 218, 219 и 220 УПК РСФСР в связи с запросом Президиума Верховного Суда РФ и жалобами ряда граждан).

² См. определение Конституционного Суда РФ от 05.07.2005 № 328-О по запросу Советского районного суда г. Челябинска о проверке конституционности ч. 1 и 3 ст. 214, п. 1 и 2 ст. 254, ст. 406, 407, 408 и ч. 6 ст. 410 УПК РФ.

и решений, затрагивающих права и законные интересы граждан, лишь на том лишь основании, что эти граждане не были признаны в установленном УПК порядке конкретными участниками производства по уголовному делу (подозреваемым, обвиняемым, потерпевшим и т.д.). Обеспечение конституционных прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве должно вытекать из *фактического положения* этого лица как нуждающегося в обеспечении соответствующего права¹. Например, лицо, в жилище которого был произведен обыск, вправе обжаловать действия и решения следователя, имевшие место в ходе обыска, в суд, несмотря на то что до этого оно не принимало никакого участия в данном деле. К участию в судебном заседании должны быть допущены защитник подозреваемого или обвиняемого либо представитель потерпевшего, даже если ранее они не принимали участия в данном деле².

Подача жалобы не приостанавливает производство обжалуемого действия и исполнение обжалуемого решения, однако орган дознания, дознаватель, следователь, прокурор или судья вправе это сделать как по ходатайству заинтересованной стороны, так и по собственной инициативе.

Сторонам в ходе судебной проверки решений, действий или бездействия следователя, прокурора, дознавателя должна быть предоставлена возможность как лично, так и с помощью представляющих их интересы в суде адвокатов и иных допущенных к участию в деле лиц знакомиться с процессуальными документами, затрагивающими их права и законные интересы³.

Суд проверяет законность и обоснованность обжалуемых действий (бездействия) и решений в открытом судебном заседании. Срок проведения судебного заседания не может превышать 5 суток со дня поступления жалобы в суд (в канцелярию суда). Согласно п. 50 ст. 5 судебное заседание — это процессуальная форма осуществления правосудия в ходе досудебного и судебного производства по уголовному делу. Отсюда следует, во-первых, что всякое судебное заседание имеет своим предметом *уголовное дело*, т.е. суд должен истребовать его у органа дознания, следователя и прокурора до рассмотрения жалобы в судебном заседании. Во-вторых, в судебном заседании должны исследоваться именно *доказательства* по делу, ибо правосудие не должно довольствоваться какими-либо другими данными при вынесении решения. В-третьих, в судебном заседании участвуют стороны, заинтересованные в рассмотрении жалобы, — заявитель, его защитник (в случае если заявитель — подозреваемый или обвиняемый), законный представитель или представитель, если они участвуют в уголовном деле, иные лица, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым действием (бездействием) или решением (подозреваемый, обвиняемый и т.д.), а также прокурор. Однако неявка лиц, своевременно извещенных о времени рассмотрения жалобы и не заявивших ходатайство о ее рассмотрении с их непременно участием, не является препятствием для рассмотрения жалобы судом.

¹ См. Постановления Конституционного Суда РФ от 23.03.99 г. по делу о проверке конституционности положений ст. 133, 218 и 220 УПК РСФСР; от 27.06.2000 г. по делу о проверке конституционности положений ст. 47 и 51 УПК РСФСР.

² См. определение Конституционного Суда РФ от 24.11.2005 № 431-О по жалобе гражданина Саблина О.В. на нарушение его конституционных прав ч. 3 ст. 125 УПК РФ.

³ См. определение Конституционного Суда РФ от 24.03.2005 № 151-О по жалобе гражданина Воржева А.И. на нарушение его конституционных прав положениями ст. 29 и 161 УПК РФ.

Порядок судебного заседания по рассмотрению жалобы состязательный. В начале судебного заседания судья объявляет, какая жалоба подлежит рассмотрению, представляется явившимся в судебное заседание лицам, разъясняет их права и обязанности. Заявитель обосновывает жалобу, после чего заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица. Заявителю предоставляется возможность выступить с репликой.

Суд должен проверить не только формальную законность, но и фактическую обоснованность обжалуемого решения органа предварительного расследования (например, о приобщении к материалам уголовного дела денежных средств и признании их вещественными доказательствами)¹.

Судебное заседание завершается вынесением судьей одного из следующих решений:

а) о признании действия (бездействия) или решения соответствующего должностного лица незаконным или необоснованным и о его обязанности устранить допущенное нарушение;

б) об оставлении жалобы без удовлетворения. Следует иметь в виду, что при наличии соответствующих оснований суд выносит постановление не об отмене обжалуемого решения или действия, а о признании его незаконным или необоснованным и об обязанности соответствующих должностных лиц устранить допущенное нарушение. Это особенно важно для тех случаев, когда обжалуются решения об отказе в возбуждении уголовного дела или о его прекращении, поскольку отмена судом такого рода решений фактически означала бы возбуждение им уголовного дела или возобновление по нему производства, что делало бы его, вопреки указанию ч. 3 ст. 15, уголовным преследователем. Копии постановления судьи направляются заявителю и прокурору.

Решения судьи, принимаемые в ходе досудебного производства при рассмотрении жалоб, могут быть обжалованы как в кассационном, так и в надзорном порядке².

¹ Там же.

² См.: определение Конституционного Суда РФ от 05.11.2004 № 350-О по жалобе гражданина Кузина С.П. на нарушение его конституционных прав ч. 1 ст. 125 и ч. 1 ст. 402 УПК РФ; п. 31 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 8.

§ 1. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ СРОКИ, ИХ ВИДЫ. ПОРЯДОК ИСЧИСЛЕНИЯ, ПРОДЛЕНИЯ И ВОССТАНОВЛЕНИЯ СРОКОВ

1. Понятие и виды сроков

Процессуальный срок — это установленный УПК период времени, в течение которого должны совершаться процессуальные действия или в течение которого от совершения этих действий следует воздержаться.

Соблюдение срока обеспечивает не только выполнение задач уголовного процесса, но и справедливость самой процедуры судопроизводства. Значение международно-правового принципа имеет *«право на судебное разбирательство в течение разумного срока»* (ст. 9 Пакта о гражданских и политических правах и ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод). Нарушение процессуальных сроков в крайних случаях может повлечь санкцию ничтожности принятых решений, а также ответственность виновных должностных лиц. Верховный Суд РФ многократно обращал внимание на необходимость соблюдения процессуальных сроков¹.

Теория судопроизводства делит сроки на две разновидности: делопроизводственные (обеспечивающие внутреннюю организацию деятельности органов, ведущих процесс) и собственно процессуальные (обеспечивающие права сторон). В последнем случае соблюдение срока определяет само возникновение процессуального права². В розыскной (инквизиционной) модели уголовного процесса могут существовать только делопроизводственные сроки. И только в условиях состязательности, где существует право сторон на «скорый суд», сроки в полной мере приобретают процессуальный характер, обеспечивая и регулируя осуществление прав участников процесса. Ниже будет показано, что делопроизводственные сроки (ограничивающие деятельность должностных лиц) иначе исчисляются, соблюдаются, чем сроки, ограничивающие деятельность частных лиц. Если делопроизводственные сроки *продляются*, то собственно процессуальные сроки — *восстанавливаются*.

Важное практическое значение имеет классификация сроков с точки зрения способов их определения. В результате выделяются сроки, определяемые путем указания на: а) период времени; б) конкретное событие, которое должно наступить; в) календарную дату. Так, предварительное следствие приостанавливается до конкретного события — выздоровления обвиняемого (ст. 211 УПК). До этого события следователь должен воздержаться от производства следственных действий. Суд, откладывая судебное заседание, должен указать календарную дату, которая определяет срок отложения. Путем указания календарной даты устанавливается руководителем следственного органа продленный срок предварительного следствия или судом — продленный срок содержания под стражей.

¹ См., например, Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. № 2.

² См.: *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. СПб., 1996. С. 347.

По способу измерения периода времени процессуальные сроки подразделяются на три разновидности: *исчисляемые часами, сутками и месяцами* (ст. 128). Если в законе указаны годы (ч. 3 ст. 326, ч. 2 ст. 398, ч. 5 ст. 400, ч. 3 ст. 414 УПК), то применяются правила об исчислении сроков месяцами. Если в законе указан такой срок, как «день», то во внимание принимается период с 6 до 22 часов по местному времени (п. 21 ст. 5). Например, ч. 6 ст. 172 УПК гласит: «Обвинение предъявляется в день фактической явки обвиняемого или в день его привода».

Прежнее уголовно-процессуальное законодательство устанавливало правило: при исчислении срока не учитывается тот час и те сутки, которыми начинается течение срока (ст. 103 УПК РСФСР). Таким образом, срок всегда начинал исчисляться со следующего часа или со следующих суток. Новый УПК РФ изменил порядок начала исчисления срока. «При исчислении срока *месяцами* (курсив мой. — К.К.) не принимается во внимание тот час и те сутки, которыми начинается течение срока», — указывает ч. 1 ст. 128 УПК РФ. Но закон умалчивает о том, как быть с часами и сутками. На первый взгляд, указанная норма содержит досадную неточность. Велик соблазн просто не заметить этой разницы и продолжать делать по-старому — не учитывать текущий час и текущие сутки при расчете любых сроков. Однако расширительное толкование новой процессуальной нормы (распространение по аналогии правил исчисления срока месяцами на исчисление сроков часами и сутками) может ухудшать положение личности и потому не всегда желательно при определении собственно процессуальных сроков. Представляется, что данная проблема должна решаться следующим образом. Если для сферы частного права принято исчисление сроков от дня до дня (*a die ad diem* — *лат.*), то для публичного права срок исчисляется от момента до момента (*a momento ad momentum*). Поэтому, перефразируя известное выражение, можно утверждать: «Сроки точный счет любят». В результате при исчислении сроков часами и сутками по новому процессуальному закону в ряде случаев необходимо учитывать текущий час, а иногда — даже текущие минуты.

2. Правила исчисления срока

Исчисление срока. Рассмотрим правила исчисления всех трех разновидностей процессуальных сроков (исчисляемых часами, сутками и месяцами):

1. При исчислении срока *часами* он рассчитывается с начала того момента (минуты), в который произошел юридический факт, влекущий течение срока. Например, момент фактического задержания подозреваемого имел место в 12 часов 45 минут. С учетом этих 45 минут и следует исчислять срок задержания. «При задержании срок исчисляется с момента фактического задержания» — дополнительно подчеркивает процессуальный закон (ч. 3 ст. 128).

2. При исчислении срока *сутками* учитывается та часть суток, которая следует за юридическим фактом, влекущим начало течения срока. Однако в этом случае в законе не вполне ясно решен вопрос с окончанием срока, поскольку согласно ч. 2 ст. 128 УПК он истекает в 24 часа последних суток. Например, в отношении подозреваемого в порядке ст. 100 УПК мера пресечения применена в 11 часов 15 июля. В этом случае в течение 10 суток с момента применения меры пресечения ему должно быть предъявлено обвинение. По смыслу ст. 128 оставшаяся часть суток, в которые с момента задержания начинается течение данного срока, принимается во внимание. Таким образом, 10-суточный срок начинает течь именно с 11 часов 15 июля, а сутки (15 июля) не

должны округляться до 24 часов. Тогда 10-суточный срок истекает 25 июля в 11 часов, а не в 24 часа. Однако если следовать указанию ч. 2 ст. 128, срок, напротив, должен истекать 25 июля, но не в 11, а в 24 часа («срок, исчисляемый сутками, истекает в 24 часа последних суток»). Практически это означает, что не принимаются в расчет и округляются до целых те сутки, в ходе которых начинается течение срока. Однако законодатель предусмотрел названное правило начала течения суток только для исчисления срока месяцами (ч. 1 ст. 128), но не сутками. Поэтому налицо коллизия двух норм данной статьи. Представляется, что в том случае, если окончание срока, исчисляемого сутками, в 24 часа последних суток этого срока благоприятствует защите интересов личности в уголовном процессе, применяется именно этот порядок. Например, началом 10-суточного срока для подачи кассационной или апелляционной жалобы содержащимся под стражей осужденным можно считать 0 часов 00 минут следующих суток за теми, когда ему вручили копию приговора (ст. 356). Если же фактическое продление срока до 24 часов последних суток умаляет права личности, то срок должен заканчиваться в соответствующий астрономический час. Так, названный в приведенном вначале примере 10-суточный срок для предъявления обвинения следует считать истекшим не в 24 часа 25 июля, а в 11 часов тех же суток.

3. При исчислении сроков *месяцами* срок исчисляется с начала следующих суток после тех, в которых имел место юридический факт, влекущий течение срока. Текущий час и текущие сутки не учитываются (округляются). Например, постановление о возбуждении уголовного дела в 12 часов 45 минут 12 декабря. Двухмесячный срок следствия следует исчислять с 0 часов 13 декабря. В то же время текущий час и текущие сутки *всегда учитываются* при исчислении времени, которое обвиняемый или подозреваемый принудительно проводит в условиях лишения или ограничения свободы. Так, исчисляемые месяцами сроки содержания под стражей, под домашнем арестом, в медицинском стационаре начинают течь с момента заключения (ч. 9, 10 ст. 109).

Исчисляемый месяцами процессуальный срок оканчивается в 24 часа соответствующего числа последнего месяца. Если последний месяц не имеет соответствующего числа (например, 30 февраля), то срок оканчивается в 24 часа последних суток этого месяца. Если окончание срока приходится на нерабочий день, то срок оканчивается в следующий за ним первый рабочий день. Нерабочие дни — это общепринятые выходные и нерабочие праздничные дни. Согласно законодательству о труде общим выходным днем является воскресенье (ч. 2 ст. 111 ТК РФ). Нерабочими праздничными днями являются: с 1 по 5 января (включительно) — Новогодние каникулы, 7 января — Рождество Христово, 23 февраля — День защитника Отечества, 8 марта — Международный женский день, 1 мая — Праздник Весны и Труда, 9 мая — День Победы, 12 июня — День России и 4 ноября — День народного единства (ст. 112 ТК РФ). При совпадении выходного и нерабочего праздничного дня выходной день переносится на следующий после праздничного рабочий день. Срок содержания под стражей и нахождения в медицинском или психиатрическом стационаре истекает вне зависимости от того, является ли его последний день нерабочим или рабочим днем.

3. Соблюдение, продление и восстановление срока

Соблюдение срока. Кроме порядка исчисления срока закон устанавливает правила его соблюдения (ч. 1 ст. 129 УПК). Соблюдение срока зависит от того, преду-

смаатривает ли он время совершения процессуальных действий (собственно процессуальный срок для сторон) или время воздержания от их совершения (дело-производственный срок).

Процессуальный срок как период времени, в течение которого *должны быть совершены процессуальные действия* участников процесса, как правило, не включает в себя время «технической» пересылки документов по почте. Поэтому срок не считается пропущенным, если жалоба, ходатайство или иной документ до истечения срока сданы в почтовое учреждение или уполномоченному должностному лицу, в том числе администрации места содержания под стражей или медицинского стационара. Время сдачи документа обычно устанавливается по оттиску штампа учреждения связи. По этой причине к уголовному делу приобщаются конверты, в которых поступили жалобы в суд. Время передачи документов уполномоченным должностным лицам устанавливается по сделанной ими отметке на копии документа, справке или выписке из соответствующих книг и журналов канцелярий или секретариатов (например, журнала регистрации входящей корреспонденции). В спорных случаях время отправки документов может быть установлено с помощью любых уголовно-процессуальных доказательств.

Для срока, когда он является периодом времени, в течение которого следует *воздержаться от совершения процессуальных действий*, «техническая» пересылка документов иногда может учитываться. Например, если в течение срока, установленного для обжалования приговора и обращения его к исполнению (10 суток плюс 3 суток для обращения приговора к исполнению), соответствующая жалоба не поступила, то приговор обращается к исполнению. Если же потом выяснится, что жалоба была сдана на почту с соблюдением установленного срока, то исполнение приговора приостанавливается до вступления его в законную силу после рассмотрения жалобы вышестоящим судом.

Продление и восстановление сроков. Продление допускается только для дело-производственных сроков и лишь в случаях, прямо предусмотренных законом (ч. 2 ст. 129). Процессуальный закон предусматривает продление сроков: задержания подозреваемого (п. 3 ч. 7 ст. 108); содержания под стражей на досудебном производстве (ст. 109), в ходе судебного производства (ст. 255) либо содержания под стражей выдаваемого другому государству лица (ст. 467); предварительного следствия (ст. 162); дознания (ст. 223); ознакомления с протоколом судебного заседания (ч. 7 ст. 259).

Допускается *восстановление* только тех сроков, которые установлены для обращений участников уголовного судопроизводства к должностным лицам и органам, ведущим процесс (т.е. для собственно процессуальных, а не делопроизводственных сроков). Например, могут быть восстановлены сроки: обращения реабилитированного за возмещением ущерба (ч. 2 ст. 135); заявления ходатайства о проведении предварительного слушания (ч. 3 ст. 229); подачи замечаний на протокол судебного заседания (ч. 1 ст. 260); обжалования процессуальных решений (ст. 123). Делопроизводственные сроки, которые предназначены для ведущих судопроизводство органов, не могут быть восстановлены — например, пропущенный следователем трехсуточный срок для предъявления обвинения (ст. 172).

Пропущенный по уважительной причине процессуальный срок должен быть *восстановлен* должностным лицом, в производстве которого находится уголовное дело (ч. 1 ст. 130). При получении жалобы, заявления или ходатайства с пропущенным

сроком дознаватель, следователь, прокурор или судья разъясняют право заинтересованному лицу заявить ходатайство о восстановлении срока и о приостановлении исполнения обжалуемого решения. Ходатайство рассматривается по правилам, установленным ст. 121—122. По результатам рассмотрения выносится мотивированное постановление о восстановлении срока или об отказе в этом.

Срок восстанавливается обязательно при наличии уважительных причин его пропуска. Уважительность причины как оценочное понятие определяется органом, рассматривающим ходатайство, с учетом двух групп обстоятельств: а) объективно препятствовавших подаче заявления, ходатайства или жалобы (неразъяснение обязанностями лицами участнику процесса его права подать жалобу; несвоевременное получение им копии обжалуемого решения, непреодолимая сила, командировка, болезнь и т.д.); б) обстоятельства, свидетельствующие о попытках заинтересованного лица подать жалобу, заявление или ходатайство, которые, однако, не увенчались успехом не по его вине. Например, обвиняемый в судебном заседании заявил о своем несогласии с решением суда о заключении его под стражу и договорился со своим защитником — адвокатом, чтобы тот составил и направил кассационную жалобу на решение суда об избрании заключения под стражу. Однако защитник по неуважительным причинам этого не сделал, и трехсуточный срок оказался пропущенным. В таком случае причина пропуска срока обвиняемым может быть признана уважительной.

Отказ дознавателя, следователя в восстановлении срока может быть обжалован прокурору, руководителю следственного органа или в суд (ст. 124, 125), отказ судьи — в вышестоящий суд в апелляционном или кассационном порядке (ст. 354, 355).

Закон предусматривает возможность приостановления исполнения решения, обжалованного с пропуском срока (ч. 2 ст. 130). Эта возможность не распространяется на те решения, которые исполняются немедленно (ч. 8 ст. 108, ч. 4 ст. 255, ч. 6 ст. 355). Ходатайство о приостановлении исполнения решения заявляет лицо, которое подало жалобу с пропуском срока. Правом обжалования обладают все лица, чьи права и интересы затронуты (в том числе свидетель и понятой, если они подвергнуты мерам принуждения). О приостановлении исполнения решения выносится мотивированное постановление. Для восстановления пропущенных сроков обжалования судебных решений, не вступивших в законную силу, применяются специальные правила, установленные для суда второй инстанции (ст. 357).

§ 2. ПОНЯТИЕ И СОСТАВ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ИЗДЕРЖЕК ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ. ПОРЯДОК ИХ ИСЧИСЛЕНИЯ, ВОЗМЕЩЕНИЯ И ВЗЫСКАНИЯ

1. Понятие и виды процессуальных издержек

Производство по уголовному делу связано со значительными материальными затратами, часть из которых входит в состав процессуальных издержек. К процессуальным издержкам не относятся расходы государства на органы, ведущие уголовный процесс (заработная плата судей, прокуроров, следователей, дознавателей, штатных экспертов; канцелярские, почтовые, транспортные расходы; расходы на оперативно-розыскную деятельность, содержание следственных изоляторов, питание заключенных и др.). В процессуальные издержки не вклю-

чаются расходы подозреваемого и обвиняемого, например, связанные с его явкой по вызову. Ущерб, причиненный необоснованным уголовным преследованием и незаконным применением мер процессуального принуждения, возмещается в порядке реабилитации (гл. 18 УПК) и не входит в состав издержек¹. Процессуальные издержки надо отличать и от ущерба, причиненного преступлением. Этот ущерб связан с преступлением, но *не связан непосредственно с самим производством* по делу. Он возмещается путем предъявления гражданского иска в уголовном деле (ст. 44 УПК) или в порядке гражданского судопроизводства. Так, расходы потерпевшего на лечение, утраченный потерпевшим в связи с травмой заработок и т.п. не относятся к процессуальным издержкам.

Вышеизложенные признаки процессуальных издержек позволяют определить их как подлежащие возмещению расходы привлекаемых к участию в деле лиц (кроме подозреваемого и обвиняемого), которые эти лица вынуждены понести непосредственно в связи с производством по данному уголовному делу.

Закон предусматривает виды процессуальных издержек или их состав (ч. 2 ст. 131 УПК). Среди издержек условно выделяются три группы расходов: а) по явке участников процесса; б) по компенсации им утраченного дохода или имущества; в) вознаграждение за выполнение каких-либо поручений органов, ведущих дело.

По общему правилу размер процессуальных издержек устанавливается Правительством Российской Федерации. Однако имеются исключения. Размер утраченного заработка определяется трудовым договором. Сумма ежемесячного государственного пособия (5 МРОТ), выплачиваемого отстраненному от должности обвиняемому или подозреваемому, определяется УПК РФ (п. 8 ч. 2 ст. 131). Вознаграждение частного эксперта, переводчика может определяться договором между ними и органами, ведущими производство по делу.

УПК РФ дает перечень процессуальных издержек. Рассмотрим их подробнее.

1. Денежные суммы, выплачиваемые потерпевшему, свидетелю, их законным представителям, эксперту, специалисту (в том числе педагогу и психологу), переводчику, понятым на покрытие расходов, связанных с их явкой по вызову в органы расследования или суд и проживанием (п. 1 ч. 2 ст. 131). Возмещению подлежит стоимость проезда к месту явки и обратно к месту жительства на основании проездных документов, но не свыше стоимости проезда в купейном вагоне скорого фирменного поезда, в каюте II класса, на транспорте общественного пользования (кроме такси), а также билета на самолет обычного (туристического, экономического) класса. По соответствующим документам (квитанциям) возмещаются страховые платежи по страхованию пассажиров, стоимость предварительной продажи билетов, затраты на пользование постельными принадлежностями. Возмещаются расходы по проезду автотранспортом (кроме такси) к железнодорожной станции, пристани, аэропорту, если они находятся за чертой населенного пункта. Если расходные документы по явке отсутствуют, то может быть возмещена минимальная стоимость проезда между местом жительства или пребывания и местом явки. По правилам возмещения командировочных расходов возмещаются расходы по найму жилого помещения, суточные за дни вызова, время в пути, включая выходные и нерабочие праздничные дни, а также время вынужденной остановки в пути. При вызове свидетеля или эксперта из другого государства

¹ Исключение составляет ежемесячное государственное пособие, выплачиваемое отстраненному от должности обвиняемому или подозреваемому (п. 8 ч. 2 ст. 131 УПК).

в порядке оказания правовой помощи по уголовным делам следует учитывать размер суточных, установленных для заграничной командировки.

2. К процессуальным издержкам относятся суммы, выплачиваемые потерпевшему, свидетелю, их законным представителям, понятым в возмещение недополученной ими постоянной заработной платы или за отвлечение их от обычных занятий — за время, затраченное ими в связи с вызовом (п. 2, 3 ч. 2 ст. 131). За некоторыми государственными служащими может сохраниться часть или вся заработная плата. Такой сохраненный заработок в процессуальные издержки не входит.

3. За отвлечение от обычных занятий принято выплачивать еще один размер суточных в добавление к тем суточным, которые выплачиваются в связи с явкой. Если постоянный дневной заработок меньше суточных, то представляется правильным по желанию участника процесса выплачивать ему суточные.

4. Вознаграждение, выплачиваемое эксперту, переводчику, специалисту, также относится к процессуальным издержкам, если эти лица выполняли процессуальные обязанности не в порядке исполнения служебного задания (п. 4 ч. 2 ст. 131). Это означает, что лично эксперту, переводчику и специалисту выплачиваются суммы только при заключении непосредственно с ними договора органом, ведущим уголовный процесс. Договором устанавливаются размер и порядок оплаты труда этих лиц. Если уголовно-процессуальные обязанности эксперта, специалиста или переводчика одновременно являются его трудовыми (служебными) обязанностями, то к процессуальным издержкам все же могут быть отнесены суммы, выплачиваемые работодателям этих лиц, — когда экспертиза проведена в негосударственном экспертном учреждении или государственном, но не относящемся к разряду судебно-экспертных (п. 7, 9 ч. 2 ст. 131, ч. 3 ст. 132). Эксперт, переводчик или специалист, исполняющие процессуальные обязанности как сотрудники экспертных подразделений Министерства юстиции, МВД, таможенных органов, Федеральной службы безопасности и т.п., получают вознаграждение, которое не относится к процессуальным издержкам.

5. В числе процессуальных издержек предусмотрены и суммы, выплачиваемые адвокату за оказание им юридической помощи по назначению органов, ведущих процесс (п. 5 ч. 2 ст. 131). При этом адвокат может участвовать в деле как в качестве защитника (ст. 50), так и в качестве представителя потерпевшего. Потерпевшему компенсируются его затраты на оплату представителя. Размеры вознаграждения адвоката согласно ст. 9 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» устанавливаются Правительством РФ¹. Согласно указанному Закону (ст. 9) расходы на участие в деле адвоката в качестве защитника по назначению возмещаются за счет средств федерального бюджета. Кроме того, назначенному защитнику может выплачиваться дополнительное вознаграждение (в дополнение к основному от государства) за счет средств адвокат-

¹ Постановление Правительства РФ от 04.07.2003 № 400 «О размере оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда» // Российская газета. 10.07.2003 г.; приказы Министерства юстиции РФ № 257, Министерства финансов РФ № 89-н от 06.10.2003 г. «Об утверждении порядка расчета оплаты труда адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, в зависимости от сложности уголовного дела» // Российская газета. 21.10.2003 г.

ской палаты (ст. 10 Закона). Это дополнительное вознаграждение также подпадает под понятие «процессуальные издержки».

6. Суммы, выплаченные третьим лицам за хранение и пересылку вещественных доказательств (п. 6 ч. 2 ст. 131 УПК). Такие издержки возникают, когда в органах расследования и суде нет возможности хранить вещественные доказательства в силу их количества, громоздкости, необходимости в особых условиях хранения (например, ядовитые вещества). К этим расходам относятся затраты на хранение объектов исследований в государственном судебно-экспертном учреждении после окончания производства судебной экспертизы сверх установленных сроков.

7. Обвиняемому, временно отстраненному от должности в порядке ст. 114, выплачивается ежемесячное государственное пособие в размере 5 МРОТ, входящее в число процессуальных издержек (п. 8 ч. 2 ст. 131). Это пособие не назначается, если обвиняемый заключен под стражу. При содержании под стражей обвиняемый в силу самого этого факта отстраняется от выполнения трудовых обязанностей и его пребывание в следственном изоляторе финансируется за счет средств федерального бюджета, которые не относятся к процессуальным издержкам. Пособие не назначается также обвиняемому, если за ним сохраняется заработок, как, например, за отстраненным от должности прокурором или следователем следственного комитета при прокуратуре¹.

8. Закон предусматривает не исчерпывающий перечень процессуальных издержек (п. 9 ч. 2 ст. 131 УПК). Иные расходы для включения их в процессуальные издержки должны соответствовать вышеуказанным признакам издержек и быть предусмотрены процессуальным законом. К иным расходам (по п. 9 ч. 2 ст. 131) могут быть отнесены следующие:

а) расходы, непосредственно связанные с собиранием и исследованием доказательств, не подпадающие под вышеуказанные случаи: возмещение стоимости вещей, подвергшихся порче или уничтожению при производстве следственных экспериментов или экспертиз; затраты на возмещение расходов лицам, предъявляемым на опознание (кроме обвиняемых); возмещение стоимости поврежденного имущества при законном обыске;

б) расходы сторон на отыскание и представление доказательств; юридическую помощь, оказываемую не адвокатами или адвокатами по соглашению; снятие копий с материалов уголовного дела; погребение после эксгумации;

в) расходы на принятие мер попечения о детях, об иждивенцах подозреваемого или обвиняемого и мер по обеспечению сохранности его имущества. В частности, такие меры могут быть приняты по договору (например, охрана частного дома обвиняемого, заключенного под стражу).

2. Возмещение и взыскание процессуальных издержек

Возмещение процессуальных издержек. Возмещение издержек, в отличие от их взыскания, представляет добровольную оплату. По общему правилу издержки возмещаются за счет средств федерального бюджета в порядке, устанавливаемом Правительством Российской Федерации, т.е. расходы привлекаемых к участию в деле лиц компенсируются денежными средствами, списываемыми со специаль-

¹ См. ч. 1 ст. 42 Федерального закона от 17.01.92 № 2202-1 (в ред 2005 г.) «О прокуратуре Российской Федерации».

ных счетов органов, ведущих процесс. В уголовно-процессуальном законодательстве закреплена возможность возмещения издержек за счет средств участников уголовного процесса (ч. 1 ст. 131 УПК). Эту норму необходимо толковать ограничительно: а) издержки могут быть возмещены за счет средств только тех участников процесса, которые относятся к стороне обвинения (потерпевшего, частного обвинителя, гражданского истца) или к стороне защиты (подозреваемого, обвиняемого, гражданского ответчика); б) издержки могут быть возмещены за счет сторон только при их согласии на это. Например, гражданский истец заявляет ходатайство о проведении экспертизы по определению стоимости восстановительного ремонта автомобиля, поврежденного в результате преступления. И хотя по общему правилу расходы на экспертизу должны быть возмещены органом расследования, однако ввиду отсутствия у последнего денежных средств проведение этой экспертизы может затянуться на длительный срок. Поэтому будет целесообразно провести требуемую экспертизу за счет гражданского истца (по его просьбе).

Порядок возмещения процессуальных издержек в УПК определен лишь в самом общем виде. Подробнее он регулируется подзаконными нормативными актами и включает в себя следующее. Лицам, осуществляющим расходы, входящие в состав издержек, должно быть разъяснено право на возмещение расходов и порядок их возмещения. Для возмещения издержек в большинстве случаев требуется инициатива участников процесса (заявление, ходатайство) с приложением подтверждающих расходы документов. Размер издержек должен быть установлен с помощью уголовно-процессуальных доказательств (в первую очередь документов). Суммы в возмещение издержек выплачиваются по мотивированному постановлению дознавателя, следователя, прокурора или судьи либо по определению суда. Потерпевшим, свидетелям, их законным представителям, экспертам, специалистам, переводчикам и понятым расходы должны возмещаться из средств, специально отпускаемых на эти цели по смете, немедленно по выполнении этими лицами своих обязанностей и независимо от фактического получения и взыскания издержек с осужденных по уголовным делам. Если свидетель, потерпевший, их законный представитель, эксперт, переводчик, специалист, понятой является военнослужащим, то его расходы и вознаграждение возмещаются войсковым частям по их требованию. Адвокату, длительное время участвующему в деле по назначению, на практике производятся помесечные выплаты. При отказе или задержке в выплате средств заинтересованные лица вправе обжаловать действия органов расследования (ст. 123—125 УПК) или взыскать денежные средства в порядке гражданского судопроизводства. Расходы по заключенным договорам возмещаются в предусмотренном этими договорами порядке, в том числе и до выполнения процессуальных обязанностей. Если процессуальные издержки возмещаются стороной по ее ходатайству, то это должно быть отражено в постановлении (определении). Вид и размер процессуальных издержек (возмещенных и еще не возмещенных) должны быть удостоверены соответствующими справками, прилагаемыми к обвинительному заключению или обвинительному акту.

Взыскание процессуальных издержек. Взыскание издержек — это их принудительная компенсация после разрешения дела по существу. По общему правилу до разрешения уголовного дела процессуальные издержки *возмещаются* за счет средств федерального бюджета или за счет участников уголовного процесса, выступающих

в качестве стороны (ч. 1 ст. 131). При разрешении уголовного дела суд решает вопрос о *взыскании* процессуальных издержек с той стороны, которая «проиграла» уголовно-правовой спор. Если обвиняемый реабилитирован, то издержки ложатся на сторону обвинения (на орган расследования — по делам публичного обвинения или на частного обвинителя — по делам частного обвинения). При реабилитации обвиняемого по делам публичного обвинения издержки возлагаются только на государство, поэтому потерпевшему, гражданскому истцу даже при прекращении дела должны быть возмещены их расходы, добровольно понесенные на предварительное возмещение издержек (например, оплату судебной экспертизы). Если обвиняемый признан виновным, то издержки могут быть возложены на обвиняемого или его законных представителей.

Итак, взыскание процессуальных издержек зависит от того, является ли приговор обвинительным или оправдательным. Если приговор обвинительный, то суд *вправе* взыскать с осужденного (вне зависимости от назначения ему наказания) издержки, кроме: а) расходов на переводчика, так как право на помощь переводчика предоставляется бесплатно (ст. 18 УПК РФ); б) расходов на защитника, если обвиняемый (подозреваемый) заявил об отказе от защитника, но отказ не был принят органами, ведущими процесс (ст. 50, 51); в) расходов в случае вынесения приговора в особом порядке при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением (ч. 4 ст. 316). При осуждении по делу нескольких лиц процессуальные издержки подлежат с них взысканию не в солидарном, а в долевом порядке с учетом вины, степени ответственности и имущественного положения каждого осужденного. Когда осужден несовершеннолетний, суд может возложить обязанность возмещения издержек на его законного представителя только с соблюдением следующих условий, предусмотренных гражданским правом (ст. 1074 ГК РФ): а) у самого осужденного нет доходов или иного имущества, достаточных для возмещения издержек; б) законные представители не доказали, что они исполняли свои обязанности по воспитанию надлежащим образом; в) на момент исполнения взыскания издержек осужденный еще не приобрел полную дееспособность (не достиг 18 лет, не эмансипирован).

Оправдательный приговор реабилитирует подозреваемого или обвиняемого. В итоге издержки возмещаются за счет средств федерального бюджета в той части, в которой обвиняемый был реабилитирован (по отдельным пунктам обвинения). При реабилитации обвиняемого по делу частного обвинения процессуальные издержки могут быть взысканы с частного обвинителя, так как он несет бремя доказывания. При взыскании издержек по делу частного обвинения, прекращенному в связи с примирением сторон, представляется возможным использовать аналогию гражданского процессуального законодательства по распределению издержек между сторонами (ст. 98 ГПК РФ).

Процессуальные издержки взыскиваются только по решению суда, так как только ему дано право признать обвиняемого виновным и лишить его той или иной собственности (ст. 49, 35 Конституции РФ). Решение о взыскании или возмещении процессуальных издержек принимается одновременно с постановлением приговора (п. 13 ч. 1 ст. 299 УПК). В его резолютивной части должно быть отражено, на кого и в каком размере издержки должны быть возложены (п. 3 ч. 1 ст. 309). После вступления приговора в законную силу взыскание издержек возможно в порядке гражданского судопроизводства. Суду предоставлено право освободить осужденного (или его законного

представителя) от обязанности возмещения процессуальных издержек ввиду его имущественной несостоятельности или тяжелого имущественного положения его иждивенцев. Это решение может быть принято как одновременно с постановлением приговора, так и в порядке его исполнения. При недоказанности имущественной несостоятельности в момент постановления приговора суд вправе взыскать с осужденного процессуальные издержки. В порядке исполнения приговора судебный пристав вправе вести розыск имущества для исполнения взыскания (ст. 9, 28 Федерального закона «Об исполнительном производстве», ст. 1, 12 Федерального закона «О судебных приставах»). При обнаружении соответствующих оснований осужденный может быть освобожден от взыскания или сумма взыскания может быть уменьшена. Для обеспечения взыскания процессуальных издержек может применяться наложение ареста на имущество (ст. 115 УПК).

§ 1. ПОНЯТИЕ РЕАБИЛИТАЦИИ, ЕЕ ОСНОВАНИЯ И ОБЪЕМ

В юридическом смысле термин «реабилитация» означает *восстановление в правах*. Право на реабилитацию, предусмотренное уголовно-процессуальным законом, развивает предусмотренное ст. 53 Конституции РФ право каждого гражданина на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц.

Согласно ч. 2 ст. 133 УПК право на реабилитацию распространяется на следующих лиц:

1) подсудимого, в отношении которого вынесен оправдательный приговор по следующим основаниям: не установлено событие преступления; подсудимый непричастен к совершению преступления; в деянии подсудимого нет признаков преступления; в отношении подсудимого коллегией присяжных заседателей вынесен оправдательный вердикт (ч. 2 ст. 302);

2) подсудимого, уголовное преследование (дело) в отношении которого прекращено в связи с отказом государственного обвинителя от обвинения (п. 2 ст. 254);

3) подозреваемого или обвиняемого, уголовное преследование в отношении которого прекращено в связи:

— с отсутствием события преступления; отсутствием в деянии состава преступления; отсутствием заявления потерпевшего, если уголовное дело может быть возбуждено не иначе как по его заявлению; отсутствием *заключения судебного органа* о наличии признаков преступления в действиях: члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы; *Генерального прокурора РФ; Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ*¹; судьи Конституционного Суда РФ; иного судьи; депутата законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ; прокурора, руководителя следственного органа, следователя; адвоката (ч. 1 ст. 448),

— отсутствием согласия соответственно Совета Федерации, Государственной Думы, Конституционного Суда Российской Федерации, квалификационной коллегии судей, *Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ, руководителя следственного органа Следственного комитета при прокуратуре РФ по субъекту РФ* на возбуждение уголовного дела или привлечение в качестве обвиняемого: члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы; судьи Конституционного Суда Российской Федерации; других судей; *зарегистрированного кандидата в депутаты Государственной Думы; зарегистрированного кандидата в депутаты законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ*² (п. 1 и 3—5, а также п. 13—14 ч. 1 ст. 448),

¹ На момент подготовки настоящего издания учебника в п. 6 ч. 1 ст. 24 УПК РФ (по-видимому, ошибочно) не упомянуты п. 2, 2.1 ч. 1 ст. 448, в которых также говорится о необходимости получения заключения коллегии судей о наличии признаков преступления в действиях Генерального прокурора РФ или Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ.

² На момент подготовки настоящего издания учебника в п. 6 ч. 1 ст. 24 УПК РФ (по-видимому, ошибочно) не упомянуты п. 13—14 ч. 1 ст. 448, в которых сказано о необходимости получения согласия Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ, руководителя следственного

— непричастностью подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления; при наличии в отношении подозреваемого или обвиняемого вступившего в законную силу приговора по тому же обвинению либо определения суда или постановления судьи о прекращении уголовного дела по тому же обвинению; при наличии в отношении подозреваемого или обвиняемого неотмененного постановления органа дознания, следователя или прокурора о прекращении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела; при отказе Государственной Думы в даче согласия на лишение неприкосновенности Президента Российской Федерации, прекратившего исполнение своих полномочий, либо отказе Совета Федерации в лишении неприкосновенности данного лица (п. 1, 4—6 ч. 1 ст. 27);

4) осужденного — в случаях полной или частичной *отмены* вступившего в законную силу обвинительного приговора суда и прекращения уголовного дела по следующим основаниям: ввиду непричастности подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления (п. 1 ст. 27) или при наличии оснований, предусмотренных для отказа в возбуждении уголовного дела или прекращения уголовного дела (п. 1, 2, 5, 6 ч. 1 ст. 24);

5) лица, к которым были применены принудительные меры медицинского характера, предусмотренные гл. 15 УК РФ и гл. 51 УПК, — в случае отмены незаконного или необоснованного постановления суда о применении данной меры;

6) любых других лиц, незаконно подвергнутых мерам процессуального принуждения в ходе производства по уголовному делу. В части 3 ст. 133 УПК упоминается лишь о *незаконных* действиях органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда в отношении лиц, подвергнутых мерам процессуального принуждения. Однако применение этих мер может быть и вполне *правомерным*, если для этого в тот момент имелись законные процессуальные основания. Например, лицо было задержано вследствие ошибочного указания на него потерпевшим и очевидцами; затем ошибка была обнаружена, и задержанного освободили, причем ему был причинен в ходе задержания вред. В подобных случаях было бы несправедливо отказывать лицу в возмещении вреда. Представляется, что возмещению подлежит как вред, причиненный реабилитированному при совершении в отношении него собственно незаконных или необоснованных действий, так и в результате законных и обоснованных на момент своего производства действий, которые, однако, были связаны с *напрасным* уголовным преследованием. Вместе с тем исчерпывающий перечень мер процессуального принуждения дан в гл. 4 УПК. Среди них не названы такие принудительные меры, как обыск, выемка и другие следственные действия, осуществляемые в принудительном порядке, за исключением личного обыска (ст. 93 гл. 4). Поэтому по буквальному смыслу этих норм не возникает права на возмещение вреда в порядке, установленном гл. 18 УПК, например в случае его причинения лицу при проведении следователем, органом дознания или дознавателем незаконного обыска в жилище или ином месте (ст. 182), хотя подлежит возмещению вред, причиненный при личном обыске, поскольку последний указан в гл. 4 УПК. На наш взгляд, такой

органа Следственного комитета при прокуратуре РФ по субъекту РФ на возбуждение уголовного дела соответственно в отношении зарегистрированного кандидата в депутаты Государственной Думы; зарегистрированного кандидата в депутаты законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ.

подход был бы нелогичен и явно несправедлив, поэтому понятие мер процессуального принуждения для целей реабилитации следует толковать *расширительно* — как любых принудительных процессуальных (в том числе следственных) действий, произведенных органом дознания, дознавателем, следователем и судом в ходе уголовного судопроизводства.

В иных, кроме перечисленных выше, случаях вопрос о возмещении вреда рассматривается в порядке гражданского судопроизводства, например при причинении вреда незаконными действиями, произведенными при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий, неправомерными действиями судебного пристава или судебного пристава-исполнителя и т.д. Такой вред должен возмещаться по основаниям и в порядке, предусмотренном ст. 1064, 1069 ГК РФ.

Следует иметь в виду, что право на реабилитацию не возникает также, когда примененные в отношении лица меры процессуального принуждения или постановленный обвинительный приговор отменены или изменены ввиду издания акта об амнистии, истечения сроков давности, недостижения лицом возраста, с которого наступает уголовная ответственность, или в отношении несовершеннолетнего, который хотя и достиг возраста, с которого наступает уголовная ответственность, но вследствие отставания в психическом развитии, не связанного с психическим расстройством, не мог в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) и руководить ими в момент совершения деяния, предусмотренного уголовным законом, а также ввиду принятия уголовного закона, устраняющего преступность или наказуемость деяния.

Возмещение вреда, причиненного лицу в результате уголовного преследования, производится в *полном объеме*. Полное возмещение вреда, согласно гражданскому законодательству (ст. 1082 ГК РФ), состоит в том, что лицо, ответственное за причинение вреда, обязано возместить вред в натуре (предоставить вещь того же рода и качества, исправить поврежденную вещь и т.п.) или полностью возместить причиненные убытки. Под убытками понимается выраженный в денежной форме ущерб, который причинен одному лицу противоправными действиями другого лица. В это понятие входят, во-первых, расходы, произведенные кредитором, во-вторых, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб) и, в-третьих, доходы, которые он получил бы, если бы не противоправные действия должника (п. 2 ст. 15 ГК РФ). Полное возмещение вреда предполагает компенсацию не только имущественного, но и морального вреда, однако согласно ч. 2 ст. 136 УПК возмещение морального вреда при реабилитации осуществляется в порядке гражданского судопроизводства.

Важно отметить, что вред, причиненный гражданину в результате уголовного преследования, возмещается государством *независимо* от вины органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда.

В случае смерти реабилитированного право на возмещение имущественного вреда переходит к его наследникам (ст. 1112 ГК РФ), а в части получения пенсий и пособий, если их выплата не была произведена в связи с уголовным преследованием, — к тем членам его семьи, которые отнесены законом к кругу лиц, обеспечиваемых пенсией по случаю потери кормильца (ст. 9 Федерального закона от 17.12.2001 г. «О трудовых пенсиях в Российской Федерации»). Право на возмещение вреда в результате смерти кормильца принадлежит также лицам, указанным в ст. 1088 ГК РФ.

§ 2. ПОРЯДОК ВОЗМЕЩЕНИЯ ВРЕДА ПРИ РЕАБИЛИТАЦИИ

Лицо, имеющее право на возмещение вреда, вправе обратиться с требованием о возмещении имущественного вреда в орган, постановивший приговор или вынесший определение, постановление о прекращении уголовного дела, об отмене или изменении незаконных или необоснованных решений. Это может быть: а) суд, постановивший оправдательный приговор, прекративший уголовное дело или вынесший постановление о признании незаконными и необоснованными действий (бездействия) соответствующего должностного лица в порядке ст. 125 УПК; б) вышестоящий суд, вынесший определение или постановление об отмене или изменении незаконных или необоснованных решений; в) следователь или дознаватель в случае прекращения ими уголовного дела; г) руководитель следственного органа при отмене им решения следователя; д) прокурор, прекративший уголовное дело или отменивший незаконные или необоснованные решения дознавателя или нижестоящего прокурора, причинившие подлежащий возмещению вред.

Право на реабилитацию признается судом в приговоре, определении, постановлении, а прокурором, следователем, дознавателем — в постановлении о прекращении уголовного дела или уголовного преследования.

В извещении, которое направляется реабилитированному, излагаются сведения: об органах, в которые вправе обратиться реабилитированный; о сроках обращения о возмещении имущественного вреда; о порядке рассмотрения требования о возмещении имущественного вреда и требования о восстановлении иных прав реабилитированного; о порядке обжалования решения о производстве выплат и восстановлении иных прав; о порядке возмещения морального вреда.

Возмещение реабилитированным вреда производится за счет казны того уровня, к которому принадлежит орган, принявший незаконное или необоснованное решение или совершивший действия, повлекшие вред.

§ 3. ВОЗМЕЩЕНИЕ РЕАБИЛИТИРОВАННОМУ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА

Под моральным вредом понимаются нравственные и физические страдания, причиненные действиями, посягающими на личные неимущественные права или другие нематериальные блага, принадлежащие гражданину, а в случаях, специально предусмотренных законом, — и нарушающими имущественные права гражданина (ст. 151 ГК РФ).

Следует разграничивать *устранение последствий морального вреда и компенсацию за причиненный моральный вред в денежном выражении*. К устранению последствий морального вреда относятся: а) принесение официального извинения от имени государства; б) опровержение порочащих лицо сведений, связанных с применением к нему незаконных действий, распространенных в средствах массовой информации или иным образом. Денежная компенсация морального вреда осуществляется в порядке гражданского судопроизводства. Принесение официального извинения от имени государства должно производиться прокурором в устной форме и официальной обстановке.

В случае когда сведения о задержании реабилитированного, заключении его под стражу, временном отстранении его от должности, применении к нему принудительных мер медицинского характера, об осуждении реабилитированного и иных примененных к нему незаконных мерах были опубликованы в печати, распространены по радио, телевидению или в иных средствах массовой информации, то по требованию реабилитированного, а в случае его смерти — его близких родственников или родственников либо по письменному указанию суда, прокурора, следователя, дознавателя соответствующие средства массовой информации обязаны в течение 30 суток сделать сообщение о реабилитации (ч. 3 ст. 136 УПК).

К средствам устранения последствий морального вреда относится и направление в 14-дневный срок по требованию реабилитированного, а в случае его смерти — его близких родственников или родственников — письменных сообщений о реабилитации лица по месту его работы, учебы и месту жительства.

§ 4. ВОССТАНОВЛЕНИЕ ИНЫХ ПРАВ РЕАБИЛИТИРОВАННОГО

Восстановление трудовых, пенсионных, жилищных и иных прав реабилитированного производится по судебному решению, вынесенному в порядке, установленном для разрешения вопросов, связанных с исполнением приговора. Судебное производство начинается по ходатайству реабилитированного. В судебное заседание должны вызываться представители государственных органов, администрации органов местного самоуправления или организаций, на которых может быть возложена обязанность по исполнению решения о восстановлении указанных прав. Эти лица вправе знакомиться с представленными в суд материалами, участвовать в их рассмотрении, заявлять ходатайства и отводы, давать объяснения, представлять документы.

Гражданину, освобожденному от работы (должности) в связи с незаконным осуждением, применением принудительных мер медицинского характера либо отстраненному от должности в связи с незаконным привлечением к уголовной ответственности, должна быть предоставлена прежняя работа (должность). Запись, занесенная в трудовую книжку в связи с увольнением, признается недействительной. Администрация предприятия, учреждения, организации выдает ему дубликат трудовой книжки без внесения в нее записи, признанной недействительной.

В страховой стаж, необходимый для назначения пенсии, наравне с периодами работы или иной деятельности засчитывается период содержания под стражей лиц, необоснованно привлеченных к уголовной ответственности, необоснованно репрессированных и впоследствии реабилитированных, и период отбывания наказания этими лицами в местах лишения свободы¹. Время содержания под стражей, время отбывания наказания, а также время, в течение которого гражданин не работал в связи с отстранением от должности, засчитывается не только в общий трудовой стаж, но и в стаж работы по специальности. Это время включается также в непрерывный стаж, если перерыв между днем вступления в законную силу оправдательного приговора

¹ См. подп. 5 п. 1 ст. 11 Федерального закона от 17.12.2001 г. «О трудовых пенсиях в Российской Федерации».

либо вынесения постановления (определения) о прекращении уголовного дела и днем поступления на работу не превышает 3 месяцев¹.

Время пребывания реабилитированных граждан в местах заключения и содержания под стражей подтверждается справкой из управления юстиции той области, края, республики, откуда реабилитированный гражданин был освобожден. В справке указывается решение судебных органов, на основании которых гражданин был необоснованно осужден, с указанием их отмены и оснований прекращения дела.

Органы государственной власти или местного самоуправления, администрация организации (в зависимости от того, в чьей собственности, полном хозяйственном ведении или оперативном управлении находится соответствующий жилищный фонд) возвращают гражданину, утратившему право пользования жилым помещением вследствие незаконного осуждения, ранее занимаемое им жилое помещение, а при невозможности возврата предоставляют ему в установленном порядке вне очереди в том же населенном пункте равноценное благоустроенное жилое помещение с учетом действующих норм жилой площади и состава семьи.

Решение суда о восстановлении званий, классовых чинов и возвращении государственных наград исполняется тем государственным органом, который полномочен присваивать соответствующие звания, классные чины и т.д.

§ 5. ВОЗМЕЩЕНИЕ ВРЕДА ЮРИДИЧЕСКИМ ЛИЦАМ

В описанном выше порядке возмещается и вред, причиненный юридическим лицам незаконными действиями (бездействием) и решениями суда, прокурора, следователя, дознавателя, органа дознания. Однако речь идет о возмещении не вреда, причиненного незаконным или необоснованным уголовным преследованием, как это имеет место в случае лиц физических (ч. 1 ст. 133 УПК), поскольку юридические лица не являются субъектами уголовной ответственности, а вреда, наступившего в результате незаконного применения мер процессуального принуждения в ходе уголовного судопроизводства (обыска, выемки, наложения ареста на имущество и т.д.). Юридическим лицам возмещается лишь имущественный вред, а также устраняются или компенсируются последствия вреда, причиненного их деловой репутации. Возмещение имущественного вреда юридическим лицам производится по правилам ст. 135 УПК, а устранение последствий или денежная компенсация вреда, причиненного их деловой репутации, — соответственно ст. 136 УПК и ст. 152 ГК РФ.

¹ См. ст. 6—8 Положения о порядке возмещения ущерба, причиненного гражданину незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, утвержденного Указом Президиума Верховного Совета СССР от 18.05.81 г., которое продолжает действовать в той его части, в которой оно не противоречит действующему российскому законодательству.

Раздел VI

ДОСУДЕБНОЕ ПРОИЗВОДСТВО

§ 1. ПОНЯТИЕ И СТРУКТУРА ДОСУДЕБНОГО (ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО) ПРОИЗВОДСТВА

Прежде чем суд сможет рассмотреть уголовное дело и вынести приговор, необходима особая предварительная подготовка: собирание доказательств, применение мер принуждения, предварительное определение позиции стороны защиты. Этим задачам и служит *досудебное производство* — та часть уголовного судопроизводства, которая начинается с момента получения сообщения о преступлении и заканчивается направлением прокурором уголовного дела в суд для рассмотрения его по существу (п. 9 ст. 5 УПК). Термин «досудебное» означает, что судопроизводство ведется еще не судом, а органами публичного уголовного преследования: прокурором, следователем, дознавателем. Эти органы выполняют функцию обвинения (уголовного преследования), что позволяет законодателю называть их стороной обвинения (п. 47 ст. 5). Однако собственно стороной они будут лишь перед лицом независимого суда, т.е. в судебном производстве. Пока следователь и дознаватель ведут уголовное дело — они «должностные лица, осуществляющие уголовное (вернее — досудебное) судопроизводство» (данный термин использован в названии гл. 16 УПК). Поэтому прокурор, следователь и дознаватель в досудебных стадиях выполняют не только функцию обвинения, но еще и отдельные элементы судебной по своей изначальной природе функции рассмотрения и разрешения дела¹ (собираение *судебных* доказательств; принятие *окончательных* решений, влекущих прекращение уголовного дела, и т.д.), а также функции защиты (в виде обеспечения прав подозреваемого и обвиняемого — ч. 1 ст. 11), которые практически сливаются в их деятельности в единую *функцию расследования*. Последняя, как было показано ранее (см. § 2 гл. 3, § 1, 3 гл. 5 учебника), есть наследие розыскного типа уголовного процесса. Об осуществлении органами предварительного расследования и прокурором функции обвинения в «чистом виде» можно, на наш взгляд, говорить только в тех случаях, когда они участвуют в судебных заседаниях, в том числе по рассмотрению и разрешению судьей в порядке судебного контроля вопросов о применении мер или совершении ими действий (бездействия), ограничивающих конституционные права граждан (ч. 2 ст. 29, ст. 108, 125, 165).

Таким образом, в современном российском уголовном судопроизводстве досудебное производство осуществляется не только по состязательной, но и по розыскной модели, в которой в единой функции расследования сливаются направления деятельности по обвинению, защите и разрешению дела. Называя производство «досудебным», законодатель невольно подчеркивает, что оно частично еще и несостязательное. В целом наше предварительное расследование можно определить как *смешанную форму*, сочетающую розыскные и состязательные элементы.

¹ В теории французского уголовного процесса подобную функцию следственного судьи принято именовать *юрисдикционной* (см.: Головкин Л.В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. С. 69).

Однако по сравнению с прежним процессуальным законодательством новый УПК закрепляет тенденцию возрастания роли суда в досудебных стадиях (ст. 29), которая лежит в русле развития уголовного процесса стран континентального права. В силу укрепляющего свои позиции принципа состязательности досудебные стадии перестраиваются таким образом, чтобы они также делались судебными. Положение «хозяина процесса» (*dominus litis* — лат.) от прокурора постепенно переходит к суду. В результате существует перспектива упразднения деления стадий на досудебные и судебные¹.

В связи с этим вместо досудебного и судебного производства в системе стадий публично-состязательного уголовного процесса более правильно, на наш взгляд, выделять *предварительное* и *окончательное* производство. Термин «предварительное» производство точнее отражает его смысл — подготовительные для судебного разбирательства меры — и не противоречит принципу состязательности. К *предварительному производству* относятся возбуждение уголовного дела, предварительное расследование, предание суду.

§ 2. ПОНЯТИЕ, МОДЕЛИ И ЗНАЧЕНИЕ СТАДИИ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Понятие стадии возбуждения дела

Предварительное производство начинается со стадии возбуждения уголовного дела. В теории уголовного судопроизводства любая стадия процесса определяется четырьмя признаками: 1) непосредственными задачами; 2) итоговыми решениями; 3) особой процессуальной формой; 4) определенным кругом участников². Возбуждение уголовного дела считается в российском уголовном процессе самостоятельной стадией. Ее непосредственными задачами служат установление в деянии признаков преступления или обстоятельств, исключающих производство по делу (оснований для отказа в возбуждении дела — ст. 24 УПК).

Стадия возбуждения уголовного дела может завершиться одним из двух решений: возбуждением уголовного дела или отказом в возбуждении уголовного дела. Решение о передаче заявления или сообщения по подследственности или подсудности является не итоговым, а промежуточным решением (п. 3 ч. 1 ст. 145).

Содержание данной стадии состоит в процессуальной деятельности органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора (а в некоторых случаях и суда) по рассмотрению первичной информации о преступлениях (ее приему, регистрации, проверке и принятию решения). Кроме того, на стадии возбуждения дела могут участвовать заявитель, явившееся с повинной лицо, специалист, понятой, дающее объяснение лицо. Процессуальная деятельность начинается с появления повода для возбуждения дела — сообщения о преступлении и заканчивается решением о возбуждении уголовного дела или об отказе в этом.

¹ См.: Смирнов А.В. Состязательный процесс. СПб., 2001. С. 235, 258; Смирнов А., Калиновский К. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. СПб.: Питер, 2004. С. 22—23.

² См.: Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980. С. 168.

Таким образом, стадия возбуждения уголовного дела в современном российском уголовном процессе может быть определена как предназначенная для установления в деянии признаков преступления или обстоятельств, исключающих производство по делу, уголовно-процессуальная деятельность специально уполномоченных субъектов по приему, регистрации и проверке информации о преступлениях, завершающаяся решением о возбуждении уголовного дела или об отказе в этом.

Сущность стадии возбуждения уголовного дела состоит в том, что на ней принимается решение о начале принудительной процессуальной деятельности, результаты которой будут служить материалом для судебного разбирательства. Другими словами, возбуждение дела — это процедура официального начала предварительного расследования.

Этот главный признак позволяет отграничить стадию возбуждения дела от смежных понятий. Таким понятием является «возбуждение уголовного преследования». Оно употребляется в юридической литературе в двух значениях: во-первых, как синоним возбуждения уголовного дела, если имеется в виду *начало* процессуальной деятельности¹; во-вторых, как синоним привлечения лица в качестве обвиняемого, если ранее процессуальная деятельность уже осуществлялась².

В настоящее время особый формальный акт о возбуждении уголовного дела, открывающий расследование, принимается в уголовном процессе лишь некоторых государств, таких, как Россия, отдельные страны СНГ, Греция, Испания, Швейцария (немецкие кантоны). Во многих странах специальный акт о возбуждении уголовного дела не предусматривается — вместо него принимаются акты о возбуждении публичного обвинения (Германия, Швеция), уголовного иска (Франция) и т.п., имеющие место на более поздних этапах предварительного расследования и потому не являющиеся решениями о его открытии. По существу, они являются решениями о необходимости привлечения лица в качестве обвиняемого. До этого момента процессуальная деятельность по собиранию доказательств и изобличению подозреваемого проводится в форме дознания. Начало же производства самого дознания не оформляется каким-либо процессуальным решением. Производство первоначальных следственных действий и означает начало производства по уголовному делу³.

Однако отсутствие специального решения о возбуждении уголовного дела, изначально открывающего сам процесс расследования и фиксирующего наличие данных, указывающих на признаки преступления, способно негативно сказаться на сроках расследования, которые могут непомерно затягиваться; на обоснованности производства следственных действий; на соблюдении законных интересов граждан, ибо тяготы пребывания под следствием в качестве подозреваемого не должны быть неопределенно длительны. Кроме того, отсутствие стартового акта, каковым служит решение о возбуждении дела, затрудняет контроль со стороны потерпевшего за ведением расследования в защиту им своих прав и интересов.

¹ См., например: *Чельцов М.А.* Советский уголовный процесс. М., 1951. С. 216.

² См., например: *Гольст Г.Р.* Возбуждение уголовного дела // Руководство и надзор за расследованием. М., 1947. С. 54; *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968. С. 194.

³ См.: *Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А.* Уголовный процесс западных государств. С. 309, 421.

2. Модели стадии возбуждения уголовного дела

С помощью идеальной типологии судопроизводства можно выделить две модели стадии возбуждения уголовного дела: розыскную и состязательную.

1. *Розыскная модель стадии возбуждения уголовного дела* используется тогда, когда решение о начале официальной процессуальной деятельности принимает орган, одновременно обязанный осуществлять уголовное преследование. В этом усматривается исходный признак розыска — слияние в одних руках функции обвинения и «юрисдикционной» функции принятия процессуальных решений. При розыском построении стадии возбуждения дела используется исключительно императивный метод правового регулирования. Принципиально важно, что результаты официальной процессуальной деятельности органа, возбудившего дело по собиранию сведений, как правило, уже имеют здесь доказательственное значение (например, протокол осмотра места происшествия). Иначе нет смысла говорить и о самой *стадии* возбуждения дела (например, не начинается никакой стадии процесса, когда пострадавший от преступления своими непроцессуальными действиями пресекает преступление и отыскивает следы, которые лишь потом, возможно, станут доказательствами).

В современном российском уголовном процессе в розыскной форме возбуждаются дела публичного и частно-публичного обвинения. Актом возбуждения уголовного дела начинается публичное уголовное преследование от имени государства. Правом возбуждения уголовных дел публичного и частно-публичного обвинения наделены только государственные органы уголовного преследования: следователь, дознаватель, начальник подразделения (орган) дознания и руководитель следственного органа. Частные лица сами процессуальных решений не принимают, они лишь обращаются с соответствующим заявлением к государственным органам.

Принятие решения о возбуждении дела в розыском порядке обеспечивает необходимую оперативность уголовного преследования, быстроту реагирования на преступление, его пресечение, закрепление следов. В тех случаях, когда уголовное дело возбуждается *по факту (in rem — лат.)*, при неизвестности предполагаемого преступника, использование розыскной модели может оказаться удобнее, поскольку состояться пока еще не с кем. Однако она не обеспечивает полностью независимого и беспристрастного контроля за законностью и обоснованностью возбуждения дела.

Кроме того, монополия государственных органов на возбуждение уголовного дела не гарантирует потерпевшему право на доступ к правосудию. Поэтому за потерпевшим признается возможность обжалования в суд решений об отказе в возбуждении дела. В мировой практике доступ к правосудию иногда обеспечивается значительно более радикальным способом — наделением потерпевшего правом самому возбуждать уголовное преследование в суде (т.н. *замещающее* обвинение). В этих случаях используется вторая — состязательная — модель возбуждения уголовного дела.

2. *Состязательная модель возбуждения уголовного дела* предполагает, что решение о начале официального производства по делу принимает суд по ходатайству стороны обвинения. При этом обвинитель, как правило, руководствуется принципом целесообразности. Судья связан требованием обвинителя и может отклонить его заявление о возбуждении дела только в тех случаях, когда для этого со всей очевидностью отсутствуют материально-правовые основания. Например, действия обвиняемого, указанные в требовании, явно не содержат признаков какого-либо уголовно наказуемо-

го деяния, истекли сроки давности, имеются неотмененные преюдициальные решения, препятствующие началу производства по делу, и т.п. Однако заинтересованная сторона должна иметь возможность обжаловать это решение судьи в вышестоящий суд.

Здесь не смешиваются процессуальные функции обвинения и правосудия, поскольку суд не является инициатором возбуждения уголовного дела, контролирует не его обоснованность, а только законность. Его решение означает лишь признание за обвинителем права открыто доказывать виновность обвиняемого и добиваться его наказания. Судебная процедура принятия решений о возбуждении дела не столь оперативна, как розыскная, ее труднее приспособить к возбуждению дела по факту, однако она в несравненно большей степени обеспечивает соблюдение прав потерпевшего, а также подозреваемого.

В современном российском уголовном процессе таким способом возбуждаются дела частного обвинения. Состязательный характер этой процедуры неоднократно подтвержден Конституционным Судом РФ¹. Потерпевший обращается в суд с соответствующей жалобой, а суд принимает ее к своему производству (ст. 318, 319 УПК). Однако уголовно-процессуальный закон указывает лишь на способ возбуждения дела («возбуждается путем подачи заявления потерпевшим» — ч. 1 ст. 318) и оставляет неясным вопрос: кто же возбуждает уголовное дело частного обвинения — сам потерпевший или суд? Официальная процессуальная деятельность начинается только с момента принятия судом заявления к своему производству (ч. 7 ст. 318). Действия самого потерпевшего не связаны с процессуальным принуждением и не имеют доказательственного значения без последующей их легализации в суде. Поэтому, на наш взгляд, следует считать, что уголовное дело в этих случаях возбуждается именно судом, а не потерпевшим.

Для стран с английским типом уголовного процесса характерна состязательная модель возбуждения уголовного преследования. Этому обычно предшествует так называемое полицейское расследование — внепроцессуальная деятельность стороны обвинения по обнаружению следов преступления и предполагаемого преступника. Она не является официальной процессуальной деятельностью (каковой, например, служит дознание во Франции и т.п.), не создает непосредственно *судебных* доказательств, не связана с мерами судебного принуждения и представляет собой оперативно-розыскную или административную деятельность полиции. Применив административное принуждение для пресечения нарушения порядка или обнаружив следы преступления, английский полицейский должен обратиться в суд для того, чтобы началось официальное уголовное преследование или появились судебные доказательства. Поэтому возбуждением уголовного преследования в английском типе процесса считается принятие судом заявления об официальном обвинении (*information*) или выдача ордера на арест или обыск.

Кроме того, способы возбуждения уголовных дел (равно как и уголовного преследования в целом) можно разделить в зависимости от того, каким началом руководствуется правоприменитель, принимая такое решение, — началом *законности* (официальности) или началом *целесообразности* (усмотрения). Традиционно в странах, принадлежащих к континентальной системе права, использовалось начало законности, когда при обнаружении признаков преступления компетентный государственный

¹ См., например, определение Конституционного Суда РФ от 26.01.99 № 11-О по запросу Ваннинского районного суда Хабаровского края о проверке конституционности отдельных положений УПК РСФСР // Российская газета. 23.03.99 г.

орган (прокурор, следователь и т.д.) был обязан возбудить уголовное преследование (розыскная модель). В странах англосаксонской системы права всегда преобладало начало *целесообразности обвинения*, когда органы уголовного преследования пользуются определенной свободой при решении вопроса о том, стоит ли начинать уголовное преследование. При этом применяется состязательная модель стадии возбуждения уголовного преследования. Однако в последнее время во многих странах континентального права также наблюдается сильная тенденция перехода при возбуждении уголовного преследования к началу общественной целесообразности¹.

Начало общественной целесообразности в настоящее время законодательно либо фактически действует во Франции, Бельгии, Дании, Израиле, Исландии, Китае, Люксембурге, Нидерландах, Норвегии, в романских кантонах Швейцарии, в Японии, во многих франкоязычных африканских государствах и арабских странах. В УПК Германии провозглашен принцип официальности (обязательности) при возбуждении публичного обвинения (§ 152), но тем не менее допускается отказ от уголовного преследования ввиду малозначительности деяния, если «преследование не вызвано публичным интересом» (п. 1 § 153), временный отказ от возбуждения обвинения при заглаживании обвиняемым причиненного вреда (§ 153a), отказ от обвинения при деятельном раскаянии обвиняемого (§ 153d) и др. В большинстве процессуальных систем целесообразность является критерием для решения вопроса о возбуждении уголовного преследования, а не его продолжении, однако следует иметь в виду, что в Германии публичное обвинение возбуждается уже по окончании предварительного расследования (§ 170 УПК), т.е. уже после фактического начала уголовного преследования. Согласно ст. 198 УПК кантона Женева (Швейцария) прокурор Апелляционного суда вправе прекратить расследование на любом его этапе без какого-либо обоснования своего решения.

По УПК РФ ведущим началом при возбуждении уголовного дела декларируется принцип законности (ч. 2 ст. 21), однако предусматривается и возможность отмены прокурором постановления о возбуждении дела (ч. 4 ст. 146).

В некоторых процессуальных системах, использующих принцип целесообразности обвинения, предусмотрено поистине выдающееся законодательное положение, охраняющее интересы потерпевшего. Если прокурорская служба бездействует, потерпевший вправе обратиться непосредственно к судебному следователю или с жалобой в суд и таким способом добиваться возбуждения уголовного дела и понуждать прокурорскую службу поддерживать заявленное им требование. У потерпевшего вследствие этого появляются обширные права (пользоваться помощью адвоката, знакомиться с материалами дела, обжаловать постановления следователя и т.д.), которые делают его активным участником процесса.

3. Значение стадии возбуждения дела

Наличие специального акта о возбуждении уголовного дела или об отказе в этом (ч. 1 ст. 146, ч. 1 ст. 148 УПК) имеет важное процессуальное значение. Оно состоит в следующем:

— определяется конкретный момент начала предварительного расследования (а по делам частного обвинения — судебного производства). Это обеспечивает кон-

¹ См.: Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб. : Юридический центр Пресс, 2002. С. 26—36.

троль над сроками расследования (по делам частного обвинения — судебного разбирательства);

— обеспечиваются права заинтересованных лиц. Заявитель ставится в известность о принятом по его заявлению решении и имеет возможность обжаловать отказ в возбуждении дела. Лицо, в отношении которого возбуждается дело, приобретает статус подозреваемого, получает копию постановления о возбуждении дела и может осуществлять свое право на защиту;

— актом возбуждения дела создается условие для производства принудительных процессуальных действий. До возбуждения уголовного дела не применяются меры процессуального принуждения, и лишь констатация наличия признаков преступления создает юридические предпосылки принудительного расследования;

— стадия возбуждения дела является своеобразным «фильтром» для информации, которая заведомо не содержит сведений о преступлениях. В результате средства уголовной репрессии расходуются более экономно. Следовательно освобождается от необходимости проводить следственные действия по каждому сообщению о предполагаемом преступлении.

§ 3. ПОВОДЫ И ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Понятие и система поводов для возбуждения уголовного дела

Повод для возбуждения уголовного дела — это сообщение о преступлении, полученное из предусмотренного процессуальным законом источника, прием которого обязывает органы расследования (а по делам частного обвинения — судью) приступить к процессуальной деятельности. Как правило, именно с момента появления повода для возбуждения дела возникают уголовно-процессуальные отношения и начинается уголовный процесс (предусмотренная УПК деятельность по его регистрации, проверке и т.д.). Повод может представлять сообщение о совершенном, совершаемом или готовящемся преступлении.

Повод — это *формальная* предпосылка для начала производства. Поэтому он должен иметь соответствующую форму (заявление, явка с повинной, рапорт — ст. 141—143 УПК). Однако основное значение для возникновения обязанности возбуждения уголовного дела имеет не повод, а *основание* для принятия этого решения. Принцип публичности уголовного судопроизводства порождает обязанность государственных органов уголовного преследования возбуждать уголовные дела в каждом случае обнаружения *признаков преступления* (ч. 2 ст. 21). Поэтому при обнаружении признаков преступления, которое преследуется в публичном порядке, повод не обязательно должен выражаться в заявлении или сообщении, полученном из какого-либо строго определенного источника, — закон оставляет их перечень открытым, причисляя к ним не только заявления конкретных лиц, явку с повинной, но и любые другие сообщения, полученные из «иных источников» (ст. 140). Наоборот, по делам частного обвинения действие принципа публичности ограничено в пользу частного интереса. Поэтому по таким делам повод — заявление потерпевшего (или его законного представителя) — имеет исключительное значение.

Поводы для возбуждения уголовного дела чаще всего могут являться доказательствами в виде иных документов (ст. 84) и в этом случае должны соответствовать предъявляемым к ним требованиям относимости и допустимости. В частности, чтобы служить доказательством, сообщение о преступлении должно исходить от известного источника и быть удостоверенным подписью автора (а для юридических лиц дополнительно — печатью или штампом, исходящим номером, специальным бланком и др.). Вместе с тем в некоторых случаях повод для возбуждения уголовного дела может и не удовлетворять требованиям к доказательствам: например, рапорт оперативного сотрудника органа дознания, основанный на информации, полученной из конфиденциального источника.

Первичная информация о преступлении может иметь разный характер — содержать сведения о преступлении, требование заинтересованных лиц о привлечении виновных к уголовной ответственности или свидетельствовать о раскаянии лица, заявившего о совершении им преступления. По этой причине уголовно-процессуальный закон предусматривает три повода для возбуждения уголовного дела: заявление о преступлении, явку с повинной и рапорт об обнаружении признаков преступления.

2. Заявление о преступлении

Заявление о преступлении предусмотрено п. 1 ч. 1 ст. 140 и ст. 141 УПК. Как повод к возбуждению уголовного дела оно представляет собой *обращенное к правоохранительным органам или суду официальное сообщение о преступлении, удостоверенное определенным лицом (физическим, юридическим или должностным)*. Важно подчеркнуть, что при этом заявитель, во-первых, сам не считает себя причастным к совершению этого преступления, а во-вторых, не является сотрудником правоохранительных органов, который действовал бы в порядке исполнения служебных полномочий. Иначе в первом случае сообщение будет не заявлением, а явкой с повинной (ст. 142), а во втором — полученным из так называемых *иных источников* (п. 3 ч. 1 ст. 140) и оформляться рапортом (ст. 143).

По делам публичного обвинения на органы расследования возлагается обязанность установления события преступления и изобличения виновных. Поэтому достаточно, чтобы в заявлении, помимо данных о личности заявителя, содержалась: а) информация о признаках преступления в каком-либо событии или б) просьба о привлечении какого-либо лица к уголовной ответственности. Причем для начала стадии возбуждения уголовного дела достаточно наличия хотя бы одного из этих признаков. Например, заявитель требует привлечь лицо к уголовной ответственности за совершение определенного деяния, однако из текста заявления в этом деянии еще не усматривается признаков какого-либо конкретного преступления. Тем не менее это заявление следует рассматривать как повод к возбуждению дела, ибо оно порождает обязанность компетентного органа принять его, в случае необходимости проверить содержащиеся в нем данные и вынести соответствующее решение (о возбуждении уголовного дела либо об отказе в этом). Если письменное заявление не содержит достаточных сведений о признаках преступления, то от заявителя дополнительно могут быть получены объяснения или оформлено устное заявление в порядке ч. 3 ст. 141 УПК.

Граждане имеют право обратиться с заявлением о преступлении, но не обязаны это делать. По делам частного и частно-публичного обвинения заявление является исключительным поводом, и к нему предъявляются особые требования.

Особой разновидностью заявления является запрос иностранного государства о возбуждении дела (ст. 459).

Анонимные сообщения не регистрируются как заявления и не рассматриваются в уголовно-процессуальном порядке (ч. 7 ст. 141). Анонимным признается такое сообщение, в котором нет подписи автора или отсутствуют сведения об авторе (фамилия, имя, отчество, адрес). Если в анонимном сообщении содержится информация об общественно опасном деянии, то оно может послужить поводом для проверки средствами оперативно-розыскной деятельности. При установлении в результате такой проверки признаков преступления поводом к возбуждению дела послужит рапорт сотрудника правоохранительного органа (ст. 143).

Представляется, что заявление может являться поводом к возбуждению дела только при том условии, что в нем содержатся сведения об *источнике* информации, которым могут быть сам заявитель или другие названные им лица. По общему смыслу ч. 1 ст. 140 наличие указания на источник сведений — обязательный признак любого повода для возбуждения уголовного дела. При этом под источником понимается лицо, которое либо само воспринимало событие преступления, либо узнало о нем от иного лица. По аналогии с показаниями заявления, основанные на догадке, предположении, слухе или ином неизвестном источнике осведомленности, не могут рассматриваться как допустимые доказательства (п. 1 ч. 2 ст. 75). Следовательно, они *не имеют юридической силы*, а потому не могут служить и поводом для возбуждения уголовного дела. Например, заявитель сообщает, что некое должностное лицо получает взятки, но в заявлении не указано, откуда ему об этом известно (не назван источник сведений). Такое заявление, подобно анонимному, не должно влечь за собой возникновения уголовно-процессуальных отношений, хотя может служить основанием для проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Процессуальный закон различает две формы заявления: письменную и устную. Письменное заявление должно быть удостоверено подписью заявителя. При этом удостоверение означает не только наличие собственно подписи (которая может быть неразборчивой), но и наличие необходимых сведений о личности заявителя: фамилии, имени, отчества (желательно также — места жительства и телефона). Отсутствие сведений о заявителе делает сообщение анонимным.

Устное заявление фиксируется в специально предназначенном для этого протоколе принятия устного заявления (приложение 2 к ст. 476 УПК) или в протоколе следственного действия (судебного заседания). Обязанность принять и зафиксировать устное заявление о преступлении вне зависимости от подследственности или подсудности возложена на органы и должностных лиц, которые уполномочены возбуждать уголовные дела, а также на суд во время судебного заседания. В протоколе указываются данные о заявителе и о документах, удостоверяющих его личность. При отсутствии документов данные о личности заявителя могут быть зафиксированы и с его слов. Заявитель предупреждается об уголовной ответственности за заведомо ложный донос по ст. 306 УК РФ. Лицам, не достигшим 16 лет, вместо предупреждения об уголовной ответственности разъясняется необходимость сообщить правду (по аналогии с допросом несовершеннолетнего свидетеля — ч. 2 ст. 191 УПК). Протокол принятия устного заявления удостоверяется подписями заявителя и лица, принявшего заявление. При отказе заявителя от подписи протокола поводом к возбуждению дела может быть рапорт об обнаружении признаков преступления (ст. 143). При невозможности подписания заявителем протокола приглашаются понятые, которые удостоверяют данный факт.

Сообщение без удостоверения подписью и указания данных о личности заявителя не является поводом к возбуждению дела — заявлением, но может быть оформлено рапортом по ст. 143 УПК. Данная норма распространяется на сообщения, сделанные по телефону, телеграфу, Интернету, радио и др. Указанные правила распространяются и на те случаи, когда устное заявление было сделано сотруднику компетентного органа, однако заявитель отказался его подписать (ч. 5 ст. 141).

Заявителю выдается документ о принятии и регистрации его заявления¹. Он вправе обжаловать прокурору или в суд решение об отказе в принятии заявления.

3. Явка с повинной

Явка с повинной — это добровольное сообщение лица о совершенном им преступлении (ст. 142 УПК).

Явка с повинной в узком смысле — как повод для возбуждения дела — имеет значение только тогда, когда она является первичной информацией о преступлении. Если уже зарегистрирован другой повод для возбуждения дела (заявление о преступлении или рапорт) или тем более возбуждено уголовное дело, то явка с повинной собственно поводом не является.

В широком смысле явка с повинной — это не только повод для возбуждения дела. Кроме того, она может рассматриваться как обстоятельство: а) смягчающее наказание (п. «и» ч. 1 ст. 61 УК РФ); б) освобождающее от уголовной ответственности в специально предусмотренных уголовным законом случаях (например, явка с повинной взяточника — примечание к ст. 291 УК РФ); в) учитываемое в пользу избрания более легкой меры пресечения (ст. 99 УПК); г) свидетельствующее о деятельном раскаянии как основании освобождения от уголовной ответственности (ст. 75 УК РФ; ст. 28 УПК); д) свидетельствующее о признании своей вины, т.е. обвинительное доказательство. В связи с большим (в том числе уголовно-правовым) значением явки с повинной она должна приниматься и после начала производства по уголовному делу. В отличие от заявления явка с повинной *в широком смысле* сохраняет свое значение и при отсутствии удостоверительной подписи явившегося с повинной. Значение смягчающего обстоятельства за явкой с повинной должно сохраниться и в том случае, если протокол или сообщение не обладают необходимыми реквизитами. Например, гражданин по телефону сообщает о совершенном им преступлении. При этом называет полные данные о себе и о преступлении (например: «Я, такой-то, проживающий там-то, незаконно храню такое-то огнестрельное оружие и намерен его сдать

¹ Согласно Инструкции о порядке приема, регистрации и разрешения в органах внутренних дел Российской Федерации заявлений, сообщений и иной информации о происшествиях, утвержденной Приказом МВД РФ от 01.12.2005 № 985 (Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2005. № 52), таким документом является специальный талон, состоящий из двух частей — талона-уведомления и талона-корешка, имеющих одинаковый регистрационный номер. Талон-уведомление вручается заявителю и содержит сведения о сотруднике, принявшем сообщение о происшествии, регистрационный номер по Книге учета сообщений о происшествиях (КУСП), наименование органа внутренних дел, адрес и служебный телефон, дата приема и подпись, инициалы и фамилия дежурного. Талон-корешок, в котором фиксируются сведения о заявителе, краткое содержание сообщения о происшествии, регистрационный номер по КУСП, подпись сотрудника, принявшего сообщение, дата приема, остается в дежурной части. Заявитель расписывается за получение талона-уведомления на талоне-корешке, проставляет дату и время получения талона-уведомления.

властям»). Это сообщение не является поводом к возбуждению дела в смысле ст. 140 УПК, однако должно рассматриваться как явка с повинной в смысле ст. 61, 75 УК РФ. При этом непосредственным поводом к возбуждению дела будет рапорт, составленный в порядке ст. 143 УПК.

Главное условие явки с повинной и в узком, и в широком смысле — это *добровольность*. Данное условие означает, что сообщение о собственном преступлении сделано по инициативе самого лица и при отсутствии для него реальной угрозы уголовного преследования за совершение тех преступлений, о которых он сообщает. Добровольность явки с повинной может иметь место и после возбуждения уголовного дела, если лицо обоснованно предполагало о том, что органам уголовного преследования не известно об одном из следующих обстоятельств: а) о совершенном им преступлении; б) о его участии в совершении преступления; в) о его месте нахождения.

Добровольность сообщения отсутствует, если оно сделано после задержания или заключения под стражу и предъявления доказательств подозрения или обвинения по тому же преступлению, в котором лицо сознается. «Недобровольное» сообщение о своем преступлении не может быть ни явкой с повинной, ни заявлением и оформляется рапортом сотрудника правоохранительного органа (п. 3 ч. 1 ст. 140 и ст. 143 УПК).

В то же время условие добровольности соблюдается, если содержащийся под стражей подозреваемый или обвиняемый заявляет о своей явке с повинной по другим преступлениям, когда он обоснованно предполагает о том, что органам уголовного преследования еще не известно его участие в совершении этих преступлений. Добровольность явки с повинной прежде всего обеспечивается реализацией права на защиту, в том числе помощью защитника, разъяснением права не свидетельствовать против себя. Признание задержанного в совершении *других* преступлений может быть явкой с повинной, только если оно дано не вследствие незаконных мер принуждения. При этом разъяснения уголовно-правовых обязанностей и юридических последствий признания сами по себе не являются незаконными мерами принуждения.

Явка с повинной является уголовно-процессуальным доказательством в виде иного документа (ст. 84) или протокола (ст. 83, 166). Одним из требований к содержанию явки с повинной является указание на конкретное преступление (время, место, определенное деяние, потерпевшие и др.). Уголовно-правовое и процессуальное значение явки с повинной не утрачивается при последующем отказе от нее подозреваемого или обвиняемого. Эта позиция неоднократно подтверждена судебной практикой¹.

Действующий процессуальный закон (ч. 2 ст. 142 УПК РФ) предусматривает две формы явки с повинной: письменную и устную. Явка с повинной в письменном виде должна отвечать тем же требованиям, что и письменное заявление о преступлении (ст. 141)². Она может быть отправлена по почте, передана нарочным или лично.

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 9; 2001. № 7; 2003. № 4.

² Однако в судебной практике при оценке явки с повинной основное значение придается не ее оформлению, а признаку добровольности. Как отмечает Верховный Суд РФ, к добровольному сообщению о собственном преступлении не применяются правила составления процессуальных документов по уголовному делу, в том числе не требуется присутствие защитника и разъяснение правил ст. 51 Конституции РФ (см.: Кассационное определение СК по уголовным делам Верховного Суда РФ от 13.01.2005 № 53-004-85). Установление признака добровольности предполагает допустимость доказательства, названного «чистосердечное признание» (см.: Кассационное определение СК по уголовным делам Верховного Суда РФ от 30.12.2004 № 53-004-64).

Явка с повинной в устном виде оформляется протоколом по правилам ч. 3 ст. 141 (приложение 3 к ст. 476). Особое внимание уделяется установлению личности лица, явившегося с повинной.

Лицо, явившееся с повинной, имеет такие же процессуальные права, как и заявитель.

4. Рапорт об обнаружении признаков преступления

Рапорт как повод к возбуждению дела — это официальное письменное сообщение должностного лица правоохранительного органа об обнаружении им признаков преступления (ст. 143 УПК).

Рапорт как повод к возбуждению дела возникает тогда, когда нет ни заявления, ни явки с повинной, а признаки преступления все же попали в поле зрения правоохранительных органов, которые обязаны выявлять преступления и изобличать виновных. Поэтому рапорт является универсальным поводом для возбуждения дела, оформляющим сообщения из так называемых *иных источников* (п. 3 ч. 1 ст. 140).

Рапорт об обнаружении признаков преступления составляют сотрудники правоохранительных органов, в том числе сотрудники оперативно-розыскных подразделений, иных органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры. При этом составление рапорта при обнаружении признаков преступления является обязанностью не только лиц, уполномоченных возбуждать уголовные дела, но и иных сотрудников правоохранительных органов (иногда вне зависимости от выполнения в данный момент служебных обязанностей). Так, сотрудник милиции независимо от занимаемой должности, места нахождения на территории Российской Федерации и времени суток обязан принять меры к предотвращению и пресечению преступления и *сообщить* об этом в ближайшее подразделение милиции (ст. 18 Закона РФ «О милиции»). Рапорт адресуется начальнику следственного органа или органа дознания (приложение 1 к ст. 476 УПК). Однако адресация его иному должностному лицу органов уголовного преследования не исключает процессуального значения рапорта. В отличие от заявления в содержании рапорта нет требования о привлечении к уголовной ответственности, в нем лишь содержится информация о признаках преступления. Если же сотрудник правоохранительного органа лично заинтересован в деле (например, сам является пострадавшим), то его требование о привлечении кого-то к уголовной ответственности должно быть оформлено в виде заявления в порядке ст. 141 УПК.

Чтобы рапорт мог служить доказательством по делу (иным документом — ст. 84), он должен отвечать следующим условиям: быть удостоверенным подписью сотрудника правоохранительного органа, содержать необходимые сведения о нем, признаках обнаруженного преступления и — что самое существенное — об источнике полученных сведений. Рапорт без указания конкретного источника информации о преступлении не является допустимым доказательством (ч. 1 ст. 75). Вместе с тем если точные сведения об источнике составляют государственную тайну, то в рапорте они приводиться не могут. Например, если о преступлении стало известно от лиц, сотрудничающих или сотрудничавших на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими разведывательную, контрразведывательную и оперативно-розыскную деятельность, то при отсутствии их письменного согласия в рапорте сведения о таких лицах не указываются (п. 4 ст. 5 Закона РФ от 21.07.93 г. «О государственной тайне»; ч. 1 ст. 12 Федерального закона от 12.08.95 г. «Об оперативно-розыскной деятельности»). Когда ис-

точник оперативно-розыскной информации в силу этой причины не назван, рапорт может рассматриваться как повод к возбуждению уголовного дела (п. 3 ч. 1 ст. 140), но не может быть доказательством.

Содержание рапорта различается в зависимости от источника («иного источника») информации о преступлении. Таким источником может быть: а) первоначальное сообщение о преступлении, не обладающее признаками самостоятельного повода; б) непосредственное обнаружение признаков преступления (например, самим лицом, составившим рапорт, либо органом дознания).

Обычно «иным источником» информации о признаках преступления является первоначальное сообщение о преступлении, не обладающее признаками самостоятельного повода, которое как бы дублируется, пересказывается в рапорте. Для того чтобы этот рапорт был поводом к возбуждению дела, необходимо, чтобы первоначальное сообщение, полученное составившим рапорт лицом, не имело признаков заявления о преступлении или явки с повинной. Такой рапорт об обнаружении признаков преступления может быть основан на первоначальных сообщениях, полученных:

- от лиц, оказывающих содействие оперативно-розыскным органам на конфиденциальной основе;

- от иных подразделений самих правоохранительных органов: паспортных служб — об утрате паспортов при обстоятельствах, вызывающих подозрение об их хищении; работников дорожно-патрульной службы — о дорожно-транспортных происшествиях и др.;

- правоохранительными органами по телефону, телетайпу, телефаксу, телеграфу, Интернету от граждан, внешних организаций, должностных лиц и не являющихся заявлениями ввиду отсутствия необходимого для уголовного процесса удостоверения;

- правоохранительными органами от внешних источников, не обладающих признаками заявлений в силу отсутствия информации о явных признаках преступления (например, сообщения администрации предприятий о несчастных случаях с людьми и др.);

- из материалов, специально не направлявшихся в правоохранительные органы, но пришедших другим путем. Это может быть массовая информация: статьи, заметки, письма граждан, опубликованные в печати; информация, распространенная по телевидению, радио, в Интернете и др.

«Иным источником» может быть и *непосредственное обнаружение* признаков преступления. Признаки преступления могут быть обнаружены в ходе выполнения служебных обязанностей сотрудниками органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и иных правоохранительных органов. Например, рапорт сотрудника патрульно-постовой службы о факте нарушения общественного порядка, рапорт следователя об отказе свидетеля от дачи показаний. При этом непосредственное обнаружение признаков преступления может быть связано с фактическим задержанием предполагаемого преступника. При обнаружении признаков преступления рапорт должен быть составлен и направлен в соответствующий орган расследования немедленно. С момента подачи рапорта начинается срок предварительной проверки сообщения о преступлениях (ч. 1 ст. 144). Лицо, составившее рапорт о непосредственном обнаружении признаков преступления, не может исполнять в данном деле обязанности дознавателя, следователя, прокурора и подлежит отводу, если: а) есть необходимость допроса этого лица в качестве потерпевшего или свидетеля (ст. 61); б) это лицо само проводило оперативно-розыскные мероприятия (ч. 2 ст. 41).

5. Основание для возбуждения уголовного дела

Для возбуждения уголовного дела кроме повода необходимо основание — *наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления* (ч. 2 ст. 140 УПК). Исходя из этого определения можно сделать несколько важных выводов:

1. Закон не требует, чтобы на момент принятия решения по вопросу о возбуждении уголовного дела обязательно были выявлены все признаки состава преступления — это главным образом задача последующих стадий процесса. Как показывает практика, имеющиеся данные должны как минимум указывать на наличие *события (деяния), содержащего все или некоторые признаки преступления*, т.е. иметь отношение к объективной стороне и объекту преступления. При этом не обязательно и то, чтобы были установлены все без исключения признаки даже самой объективной стороны или объекта преступления, — достаточно и некоторых из них, если они заставляют предполагать наличие прочих признаков преступления. В частности, механизм преступного деяния, точный характер и размер причиненного вреда; обстоятельства, относящиеся к субъекту и субъективной стороне состава преступления, иногда могут здесь лишь предполагаться. Например, обнаружение трупа человека с признаками насильственной смерти является основанием для возбуждения дела по факту обнаружения трупа — вне зависимости от установления конкретного способа лишения жизни, лица, совершившего данное преступление, его возраста, вменяемости, формы вины, мотивов и т.д. То есть основание для возбуждения дела может иметь *фрагментарный* характер, если за целое принять всю совокупность признаков состава преступления. Однако, с другой стороны, на момент возбуждения уголовного дела нередко уже может быть известен подозреваемый (в этом случае говорят о возбуждении дела против конкретного лица) либо даже выявлены все основные искомые по делу обстоятельства (тогда речь идет о возбуждении дела в условиях так называемой *очевидности*).

2. Данных должно быть достаточно хотя бы для *вероятностного* вывода о наличии преступления. Решение о возбуждении уголовного дела является вспомогательным, промежуточным, поэтому может быть основано и на предположительно установленных фактах. Это, конечно, не исключает, что дело может быть возбуждено и при достоверном установлении события преступления и других обстоятельств, более того, такой вариант является наиболее предпочтительным.

Таким образом, понятие *достаточности данных* для возбуждения уголовного дела охватывает как круг (объем) выясняемых здесь обстоятельств, так и глубину знаний о них (достоверность — вероятность). Возможный фрагментарный и вероятностный характер основания нередко ведет к тому, что при возбуждении уголовного дела дается приблизительная квалификация преступления, которая может изменяться в ходе дальнейшего расследования.

Достаточные данные иногда могут содержаться уже в самом поводе (например, в рапорте оперативного сотрудника с приложенными материалами проверки, проведенной оперативно-розыскными методами). Однако, как правило, достаточные данные появляются в результате процессуальной проверки повода к возбуждению дела в порядке ч. 1 ст. 144 (из протокола осмотра места происшествия, объяснений очевидцев, акта ревизии и т.д.).

По общему правилу возбуждение дела начинается этап общего расследования (*inquisitio generalis* — *лат.*), которое часто ведется в отношении пока что неизвестного преступника. В этом случае уголовное дело возбуждается *in rem* (*лат.*), по факту

совершения деяния, содержащего признаки преступления. Как уже было сказано выше, процессуальный закон не связывает возбуждение дела с обязательным установлением лица, совершившего деяние. Однако в ряде случаев закон предусматривает возбуждение уголовного дела *in personam* (лат.), в отношении конкретного лица (п. 1 ч. 1 ст. 46, п. 2 ч. 3 ст. 49, ч. 4 ст. 146, ч. 3 ст. 154, ч. 2 ст. 223, ч. 6 ст. 318, ч. 1 ст. 448). Бланки соответствующих постановлений (приложения 12—14 к ст. 476 УПК) предусматривают возбуждение дела как «*по признакам преступления*», так и *в отношении лица*, в деянии которого усматриваются признаки преступления.

Если уголовное дело возбуждается в отношении лица, то основанием для его возбуждения являются *достаточные данные, указывающие на совершения деяния данным лицом*. Возбуждение дела в отношении конкретного лица ставит под угрозу его конституционные права и свободы. Поэтому для обеспечения права на защиту, при наличии данных о причастности лица к совершению преступления, орган дознания, следователь или прокурор обязаны возбуждать дело в отношении лица, а не по факту. Тогда соответствующее лицо приобретет статус подозреваемого (ч. 1 ст. 46). Практически это означает обязанность указать фамилию подозреваемого в постановлении о возбуждении уголовного дела, когда в момент его вынесения есть сведения об участии данного лица в совершении преступления (например, в заявлении пострадавшего прямо указан предполагаемый преступник). Уголовное дело всегда должно возбуждаться в отношении конкретного человека по признакам таких преступлений, которые могут быть совершены лишь определенным лицом (например: злостное уклонение от уплаты средств на содержание детей или нетрудоспособных родителей — ст. 157 УК; присвоение или растрата — ст. 160 УК; уклонение физического лица от уплаты налога — ст. 198 УК; получение взятки — ст. 290 УК; заведомо ложный донос — ст. 306 УК; заведомо ложные показания, заключение эксперта или неправильный перевод — ст. 307 УК; отказ свидетеля или потерпевшего от дачи показаний — ст. 308 УК и др.).

Возбуждение дела в отношении конкретного лица означает возникновение подозрения, поэтому смысл данного института более точно отражается в термине «возбуждение уголовного преследования», употребляемом в ч. 2 ст. 459, или «привлечение к уголовному преследованию», используемом в названии ст. 23 УПК. Решение о возбуждении уголовного преследования может быть обжаловано подозреваемым в суд¹.

Основания для возбуждения дела отражают наличие *фактических предпосылок уголовного преследования*, составляющих условие движения уголовного дела. Этим условием является установленность события преступления, а обычно на более поздних стадиях — и совершение его определенным лицом. В то же время необходимо иметь в виду, что для возбуждения дела необходимо наличие и юридических предпосылок — отсутствие оснований для отказа в возбуждении дела.

§ 4. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ПОРЯДОК РАССМОТРЕНИЯ СООБЩЕНИЙ О ПРЕСТУПЛЕНИЯХ

Рассмотрение сообщений о преступлениях составляет содержание стадии возбуждения дела и включает в себя прием, регистрацию, проверку первичной информации и принятие по ней решения (ч. 1 ст. 144 УПК). В зависимости от моде-

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 27.12.2002 № 300-О.

ли стадии возбуждения дела процессуальная форма рассмотрения сообщений различается, с одной стороны, по делам публичного, а также частно-публичного обвинения (розыскная модель — ч. 1—4 ст. 144, ст. 146, 147) и, с другой — по делам частного обвинения (состязательная модель — ч. 6 ст. 144, ст. 318—319).

1. Прием, регистрация и учет сообщений о преступлениях

По делам публичного и частно-публичного обвинения обязанность по приему, регистрации и проверке сообщений о преступлениях возлагается на органы уголовного преследования (дознателя, орган дознания, следователя, руководителя следственного органа). Эта обязанность вытекает из принципа публичности (официальности), предусматривающего необходимость осуществления уголовного преследования в каждом случае обнаружения признаков преступления (ст. 21 УПК).

Ведомственными нормативными актами детально регулируется прием, регистрация и учет сообщений о преступлениях¹. Однако процессуальный закон устанавливает несколько исходных правил.

Прежде всего, необходимо определить, обладает ли поступившее сообщение о преступлении признаками одного из трех поводов к возбуждению дела: заявления, явки с повинной или рапорта. Сообщения, не являющиеся поводом к возбуждению дела, могут проверяться в административном или оперативно-розыскном порядке. Административная проверка предусмотрена КоАП РФ (ст. 28.1), подзаконными актами. Оперативная проверка регулируется оперативно-розыскным законодательством (Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»), проводится специальными субъектами, средствами и в сроки, установленные ведомственными нормативными актами. По результатам оперативной проверки может быть подан рапорт как повод для возбуждения дела в соответствии со ст. 143 УПК.

Повод к возбуждению дела должен быть принят вне зависимости от вида преступления (степени тяжести, окончания, места и времени совершения), полноты информации и времени обращения заявителя. Если в процессе проверки выяснится, что данное преступление подследственно другому органу или относится к делам частного обвинения, то возможна передача сообщения в соответствующий орган (п. 3 ч. 1 ст. 145).

Прием сообщений о преступлениях осуществляется в дежурных частях милиции, таможенных органов, секретариатах прокуратуры и в других правоохранительных органах. Обязанность принять сообщение о преступлении и передать его по принадлежности возлагается также на всех сотрудников этих органов. Прием сообщения о преступлении сопровождается соответствующей его регистрацией (в книге учета сообщений о происшествиях в органах внутренних дел и аналогичных книгах в других органах предварительного расследования). Порядок регистрации устанавливается ведомственными инструкциями².

¹ См. приказ Генпрокуратуры РФ № 39, МВД РФ № 1070, МЧС РФ № 1021, Минюста РФ № 253, ФСБ РФ № 780, Минэкономразвития РФ № 353, ФСКН РФ № 399 от 29.12.2005 «О едином учете преступлений» (вместе с Типовым положением о едином порядке организации приема, регистрации и проверки сообщений о преступлениях, Положением о едином порядке регистрации уголовных дел и учета преступлений, Инструкцией о порядке заполнения и представления учетных документов) // Российская газета. 25.01.2006 г.

² Там же.

Лицу, подавшему заявление о преступлении или о явке с повинной, выдается документ о принятии сообщения о преступлении с указанием данных о лице, его принявшем, а также даты и времени его принятия (ч. 4 ст. 144). Если заявление было отправлено по почте, передано с нарочным или с помощью других средств связи, то при личной явке заявителя ему также должен быть выдан документ о принятии заявления. Обязанность выдачи такого документа возлагается на уполномоченных принимать заявления должностных лиц. Согласно ведомственным инструкциям документом о принятии заявления обычно служит так называемый *талон*, состоящий из талона-уведомления и талона-корешка. Талон-уведомление с указанием необходимых сведений выдается заявителю, а талон-корешок с подписью заявителя остается у дежурного сотрудника правоохранительного органа.

Уголовно-процессуальный кодекс прямо не предусматривает возможности отказа в принятии заявления о преступлении публичного обвинения. Однако такой отказ возможен, если в заявлении или явке с повинной заведомо не содержится сведений о преступлении и при этом отсутствует просьба заявителя о привлечении кого-либо к уголовной ответственности (т.е. даже по мнению самого заявителя, его сообщение — не о преступлении). В остальных случаях органы уголовного преследования обязаны принять, зарегистрировать, проверить заявление и вынести по нему решение. Неправомерный отказ в приеме заявлений о преступлениях, другие способы сокрытия преступлений от учета влекут ответственность должностных лиц вплоть до уголовной. Обязанность осуществления надзора за исполнением требований закона при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях возлагается на прокурора (п. 1 ч. 2 ст. 37 УПК).

На практике возникают трудности при приеме заявлений от граждан и по делам частного обвинения. С одной стороны, они подаются непосредственно в мировой суд и должны соответствовать особым требованиям (ст. 318). С другой стороны, заявитель не обязан давать точную квалификацию деяния, он может указать в своем заявлении и о совершении более тяжкого преступления. Поэтому заявления о преступлениях частного обвинения, направленные органам уголовного преследования, должны быть приняты и зарегистрированы ими в общем порядке. По такому заявлению при необходимости может быть проведена предварительная проверка в целях установления признаков преступления публичного обвинения или для выяснения факта неспособности потерпевшего самостоятельно защищать свои права (ч. 4 ст. 20). Если в результате будут установлены признаки преступления публичного или частно-публичного обвинения, то уголовное дело возбуждается по общим правилам. Если же потерпевший неспособен самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами по осуществлению уголовного преследования (в силу ограниченной дееспособности, зависимости от будущего обвиняемого, невозможности самому установить преступника), то уголовное дело частного обвинения возбуждается следователем или с согласия прокурора дознавателем (ч. 4 ст. 20) и тем самым переходит в разряд дел публичного обвинения. По нему производится дознание или по указанию прокурора — предварительное следствие (ст. 150). Если в результате проверки (или сразу по тексту заявления) выяснится, что это дело частного обвинения, то оно передается органами уголовного преследования в суд (п. 3 ч. 1 ст. 145). Тогда потерпевший обязан составить заявление в установленной ст. 318 УПК форме. Если в суд поступит

заявление без этих реквизитов, то суд возвращает его потерпевшему для устранения недостатков со своими указаниями (ст. 319). Невыполнение указаний мирового судьи влечет вынесение им постановления об отказе в принятии заявления к своему производству (ч. 1.1 ст. 319). Постановление мирового судьи может быть обжаловано потерпевшим в апелляционном порядке (гл. 43).

2. Проверка сообщений о преступлениях

После приема и регистрации повода к возбуждению дела проводится его проверка. Если в самом поводе уже содержатся основания для возбуждения дела, отказа в его возбуждении либо передачи сообщения по подследственности, то проверочные действия не проводятся, а принимается соответствующее решение. Например, когда поводом к возбуждению дела является рапорт о результатах оперативной проверки, то, как правило, данных для возбуждения дела бывает достаточно. Уголовное дело должно быть немедленно возбуждено при наличии признаков преступления в неотложной ситуации: при угрозе уничтожения следов, сокрытия предполагаемого преступника или подлежащего аресту имущества (ст. 157 УПК).

Проверка заключается в проведении проверочных действий — собирании дополнительных доказательств, подтверждающих или опровергающих первоначальную информацию о преступлении и необходимых для принятия решения. Проверочные действия предпринимаются при условии, что в поводе недостаточно данных, указывающих на признаки преступления. Проверка осуществляется путем производства непринудительных способов собирания доказательств: истребования и принятия представленных предметов и документов (ст. 86). В числе таких действий могут быть получены объяснения от очевидцев и заявителя; истребованы справки; направлены требования о проведении ревизий, документальных проверок, инвентаризаций; поручены иные исследования специалистам. Проведение таких действий предусматривается ч. 4 ст. 21, ст. 141 УПК и иными нормативными актами: федеральными законами «О прокуратуре Российской Федерации» (ст. 6), «О Федеральной службе безопасности» (ст. 13), Законом РФ «О милиции» (ст. 11) и др.

По общему правилу производство следственных действий (как обладающих принудительным характером) до вынесения постановления о возбуждении уголовного дела не допускается. Это объясняется необходимостью взвешенного применения мер процессуального принуждения; при этом общим условием их применения служит именно наличие в деянии данных, указывающих на признаки преступления. Поэтому до установления таких признаков невозможно не только возбуждение дела, но и применение принуждения. Исключение предусмотрено лишь для неотложного осмотра места происшествия (ч. 2 ст. 176 УПК), поскольку при его проведении элемент принуждения минимален (оцепление места происшествия).

На наш взгляд, после вынесения постановления о возбуждении уголовного дела, но еще до получения согласия прокурора в некоторых случаях допускается проведение следственных действий (назначение экспертизы, освидетельствование — подробнее об этом см. в следующем параграфе).

Наряду с процессуальной проверкой повода к возбуждению дела может проводиться проверка в соответствии с оперативно-розыскным или административным за-

конодательством. Результаты этих проверок должны быть представлены процессуальным органам в порядке ст. 86, 89 УПК¹.

Процессуальный закон (ч. 2 ст. 144) предусматривает особый порядок проверки сообщения о преступлении, распространенного в средствах массовой информации. Под средством массовой информации (СМИ) понимается периодическое печатное издание, радио-, теле-, видеопрограмма, кинохроникальная программа, иная форма периодического распространения массовой информации (ст. 2 Закона РФ от 27.12.1991 г. «О средствах массовой информации») (далее — Закон о СМИ). Сам факт распространения в СМИ сообщения о преступлении не является поводом к возбуждению дела (не влечет обязанности приступить к его приему и проверке) до тех пор, пока оно не было обнаружено органами уголовного преследования и не оформлено рапортом (ст. 143 УПК). С момента подачи рапорта начинается срок процессуальной проверки (а не с момента публикации издания или выхода в эфир передачи). Рапорт об обнаружении признаков преступления следователь подает руководителю следственного органа, а дознаватель — прокурору. При недостаточности данных о признаках преступления руководитель следственного органа — следователь, а прокурор — органу дознания дает письменное поручение с соблюдением правил подследственности провести предварительную проверку сообщения о преступлении.

Редакция СМИ обязана по запросу органов уголовного преследования передать им имеющиеся в ее распоряжении материалы о преступлении (ч. 4 ст. 21 УПК). При этом редакция имеет право не сообщать данные о лице, предоставившем информацию, если это лицо поставило условие неразглашения своего имени (ч. 2 ст. 144 УПК; ст. 41 Закона РФ «О средствах массовой информации»). Эта норма действует для предварительной проверки сообщений о преступлениях. После возбуждения дела применяются общие правила доказывания. Закон о СМИ (ст. 41) позволяет редакции раскрыть имя источника информации только по запросу суда, а не органов расследования. Однако после возбуждения дела следователь или дознаватель по судебному решению вправе произвести принудительную выемку документов, содержащих охраняемую Законом о СМИ тайну (ч. 3 ст. 183 УПК в ред. от 05.06.2007 г.). Главный редактор не может отказаться от дачи свидетельских показаний, ссылаясь на свою профессиональную тайну.

3. Сроки проверки сообщений о преступлениях

Предварительная проверка сообщений о преступлениях должна быть закончена принятием решения (в форме постановления) в порядке ст. 145 УПК не позднее 3 суток со дня поступления сообщения. По результатам проверки решение должно быть принято и до истечения трехсуточного срока, если будут установлены основания для возбуждения дела, отказа в этом или для передачи сообщения по подследственности. Если регистрация повода к возбуждению дела была задержана, то срок исчисляется не с момента его регистрации, а с момента первичного получения сотрудником правоохранительного органа повода к возбуждению дела.

¹ См., например: приказ Министерства внутренних дел Российской Федерации, Федеральной службы безопасности Российской Федерации, Федеральной службы охраны Российской Федерации, Федеральной таможенной службы, Службы внешней разведки Российской Федерации, Федеральной службы исполнения наказаний, Федеральной службы Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков, Министерства обороны Российской Федерации от 17.04.2007 № 368/185/164/481/32/184/97/147 г. «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд».

Если сообщение о преступлении было передано по подследственности, то срок проверки исчисляется заново — с момента получения сообщения другим органом расследования.

Трехсуточный срок предварительной проверки сообщения о преступлении может быть продлен до 10 суток (ч. 3 ст. 144). При этом использованные 3 суток включаются в продленный срок. Продление производится по ходатайству следователя или дознавателя вышестоящим для них начальником следственного органа или органа дознания. Надзирающий прокурор вправе продлить срок проверки по всем материалам следствия и дознания. Срок проверки продляется, если за 3 суток невозможно было собрать достаточные данные для принятия решения.

Продление срока проверки сообщений о преступлениях от 10 до 30 суток может иметь место при необходимости проведения документальных проверок или ревизий. Продление производится руководителем следственного органа по ходатайству следователя или прокурором по ходатайству дознавателя. В дальнейшем прокурор вправе предоставить еще 5 суток для проведения дополнительной проверки при рассмотрении им вопроса о даче согласия на возбуждение дела — ч. 4 ст. 146. Если по истечении срока проверки все еще осталось неясным, имеются ли признаки преступления, то должно быть принято решение о возбуждении дела (как основанное на вероятных данных).

4. Решения, принимаемые по результатам рассмотрения сообщения о преступлении. Передача сообщения о преступлении по подследственности или подсудности

По результатам рассмотрения сообщения о преступлении принимается и оформляется постановлением одно из трех решений: о возбуждении уголовного дела, об отказе в возбуждении уголовного дела, о передаче сообщения по подследственности или по подсудности (ст. 145). Решение может быть принято: органом дознания, дознавателем, начальником подразделения дознания, следователем.

Органы уголовного преследования принимают решения в пределах своей компетенции (ч. 1 ст. 144), т.е. с соблюдением правил подследственности (ст. 150, 151) (подробнее о подследственности см. § 3 гл. 13 учебника). Однако возбужденное уголовное дело может быть направлено прокурору для определения подследственности (ч. 3 ст. 146). При согласии прокурора с решением о возбуждении дела оно признается законным. Например, следователь органов внутренних дел возбуждает уголовное дело по ст. 105 УК РФ (относящееся к подследственности следователя следственного комитета при прокуратуре) и направляет его руководителю следственного органа для передачи по подследственности. Подобная практика признавалась правомерной и при применении аналогичных норм УПК РСФСР¹.

Кроме итоговых для данной стадии решений о возбуждении дела или об отказе в этом процессуальный закон предусматривает возможность принятия промежуточного решения: передачу сообщения по подследственности, а по делам частного обвинения — в мировой суд (п. 3 ч. 1 ст. 145 УПК).

Обязательным условием передачи сообщения по подследственности является отсутствие неотложной ситуации. Иначе при угрозе утраты следов преступления, воз-

¹ См. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 19.11.97 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1998. № 5. С. 10; № 11.

возможности сокрытия будущего обвиняемого или подлежащего взысканию имущества орган дознания обязан возбудить уголовное дело, произвести неотложные следственные действия и затем направить уголовное дело руководителю следственного органа или для передачи дела соответствующему следователю или органу дознания (п. 3 ст. 149, ст. 157). Если до возбуждения уголовного дела подследственность не удастся установить точно, то следователь или дознаватель возбуждают уголовное дело, дав ориентировочную квалификацию деяния по своей предметной подследственности, проводят неотложные следственные действия и устанавливают «чужую» подследственность уголовного дела. После этого дело передается руководителю следственного органа или прокурору для направления по подследственности (ч. 5 ст. 152).

При передаче сообщения по подследственности без возбуждения уголовного дела данный повод снимается с учета, о чем делается отметка в соответствующем регистрационном документе. Переданный по подследственности повод к возбуждению дела подлежит повторной регистрации и проверке в порядке ст. 144 УПК.

Если в процессе предварительной проверки заявления выяснится, что оно касается преступления, производство по которому ведется в порядке частного обвинения (ч. 2 ст. 20), то такое заявление передается в суд для решения вопроса о возбуждении дела согласно ст. 318. Обязательным условием для его передачи в суд является установление способности потерпевшего (и его законного представителя, когда таковой имеется) самостоятельно защищать свои права и законные интересы, иначе может быть возбуждено уголовное дело в публичном порядке.

Решение о возбуждении дела в отношении лица, обладающего служебным иммунитетом, принимается в порядке, предусмотренном гл. 52 УПК (подробнее об этом см. гл. 35 учебника).

При передаче сообщения по подследственности (по делам частного обвинения — подсудности) без возбуждения дела органами публичного уголовного преследования принимаются меры по сохранению следов преступления. Эти меры не связаны с процессуальным принуждением и осуществляются в пределах средств предварительной проверки (ст. 144). Например, в целях фиксации и исследования телесных повреждений пострадавшего может быть проведено его судебно-медицинское освидетельствование. Одновременно с принятием мер к сохранению следов должны быть приняты административные меры по пресечению и предупреждению правонарушения.

О любом из трех принятых решений по результатам рассмотрения сообщения о преступлении ставятся в известность заявитель и другие заинтересованные лица. Если заявитель признается потерпевшим, то по его просьбе ему бесплатно вручается копия постановления о возбуждении дела (п. 13 ч. 2 ст. 42). При возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица подозреваемому вручается копия постановления о возбуждении дела (п. 1 ч. 4 ст. 46).

Решение о возбуждении дела может быть обжаловано прокурору или руководителю следственного органа в порядке ст. 124. Если уголовное дело возбуждено по факту, то обжалованию в суд оно не подлежит¹. Если уголовное дело возбуждено в отношении определенного лица, то оно может быть обжаловано в суд. Конституцион-

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 23.03.99 № 5-П по делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УКП РСФСР в связи с жалобами граждан В.К. Борисова, Б.А. Кехмана, В.И. Монастырцекого, Д.И. Фуфлыгина и ООО «Моноком».

ный Суд пояснил, что решение о возбуждении дела в отношении конкретного лица придает ему статус подозреваемого. В связи с этим может быть причинен ущерб его конституционным правам и свободам¹. Судебный контроль на последующих стадиях судопроизводства не является достаточным и эффективным средством восстановления основных прав и свобод, нарушенных при возбуждении уголовного дела. Поэтому подозреваемый должен иметь право обжаловать в суд решение о возбуждении дела. Суд, рассматривая такую жалобу, не должен предрешать вопросы, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по существу уголовного дела. Следовательно, при проверке законности постановления о возбуждении уголовного дела суд должен выяснять, прежде всего, соблюден ли порядок вынесения данного решения, имеются ли поводы к возбуждению уголовного дела, отсутствуют ли обстоятельства, исключающие производство по делу. При этом подача в суд жалобы на постановление о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица не приостанавливает совершения следственных и иных процессуальных действий.

О передаче заявления по подследственности заявитель уведомляется письменным сообщением. Данное решение обжалуется прокурору или руководителю следственного органа. Решение об отказе в возбуждении дела всегда ограничивает конституционное право граждан на доступ к правосудию, поэтому может быть обжаловано как прокурору или руководителю следственного органа, так и в суд.

§ 5. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ПОРЯДОК ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА ПУБЛИЧНОГО И ЧАСТНО-ПУБЛИЧНОГО ОБВИНЕНИЯ

Возбуждение уголовного дела публичного и частно-публичного обвинения происходит согласно розыскной модели (см. об этом § 2 гл. 12 учебника), поэтому решение принимают прокурор, а также орган дознания, дознаватель, начальник подразделения дознания, следователь и руководитель следственного органа.

Порядок возбуждения дела складывается из трех основных этапов: 1) вынесение постановления, 2) уведомление о принятом решении прокурора, заявителя и подозреваемого; 3) проверка прокурором законности и обоснованности возбуждения уголовного дела².

1. Вынесение постановления о возбуждении дела

Решение о возбуждении дела оформляется отдельным постановлением (приложения 12—14 к ст. 476 УПК) или содержится в постановлении о выделении дела (ч. 3 ст. 154 УПК).

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 27.12.2002 № 300-О по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 116, 211, 218, 219 и 220 УПК РСФСР в связи с запросом Президиума Верховного Суда РФ и жалобами ряда граждан.

² В Федеральном законе от 05.06.2007 № 87-ФЗ ч. 4 ст. 146 УПК РФ изложена в новой редакции, которая упразднила ряд институтов, противоречащих неотложному характеру возбуждения дела: получение согласия прокурора на возбуждение уголовного дела; проведение до возбуждения уголовного дела освидетельствования и судебной экспертизы; проведение дополнительной проверки материалов сроком до 5 суток. Вместе с тем указанный Закон ввел существенную новеллу — возможность отмены прокурором постановления о возбуждении уголовного дела любого органа предварительного расследования.

В постановлении о возбуждении дела указываются:

- дата, место и время его вынесения;
- кем оно вынесено;
- повод и основание для возбуждения дела;
- уголовно-правовая квалификация преступления.

Если уголовное дело возбуждается по факту обнаружения признаков преступления, то в постановлении фиксируется, какими данными установлены признаки преступления. Если уголовное дело возбуждается в отношении лица, то в постановлении дополнительно указываются данные о причастности лица к совершению преступления, его фамилия, имя и отчество. В примечаниях к бланкам постановлений о возбуждении дела указано, что дело возбуждается в отношении конкретного лица, если это лицо установлено. Однако фамилию подозреваемого необходимо указывать в постановлении о возбуждении дела даже тогда, когда он *предположительно* установлен, т.е. имеются данные о его участии в совершении преступления (например, в заявлении о преступлении есть указание на конкретного преступника). Согласно ч. 1 ст. 46 с момента вынесения постановления о возбуждении дела в отношении лица у него появляется статус подозреваемого. Органы расследования обязаны обеспечить его право на защиту (ч. 2 ст. 16), вручить копию постановления о возбуждении дела, чтобы подозреваемый знал, в чем и на основании чего он подозревается.

В постановлении о возбуждении дела указывается результат квалификации деяния (пункт, часть, статья УК РФ) так точно, как это возможно в условиях недостатка информации, ее вероятностного характера в стадии возбуждения дела. Недопустимо квалифицировать деяние «с запасом» — по более тяжкому преступлению, чем это вытекает из установленных признаков. Завышенная квалификация может привести к необоснованному применению мер процессуального принуждения (задержанию подозреваемого по преступлению, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы). Неправильная квалификация преступления может привести к неверному определению родовой подследственности (ст. 151).

Квалификация преступления, указанная в постановлении о возбуждении дела, имеет предварительный характер и может быть изменена на другую при привлечении в качестве обвиняемого. Возбуждение уголовного дела по одной статье УК РФ при соблюдении ряда условий не препятствует следователю предъявить обвинение по другой статье УК¹.

Уголовное дело может быть возбуждено и по признакам того преступления, которое не подследственно принявшему данное решение органу. В случаях, не терпящих отлагательства, орган дознания или следователь вне зависимости от подследственности возбуждает уголовное дело и проводит неотложные следственные действия (ч. 5 ст. 152, ст. 157 УПК). Орган дознания по общему правилу проводит неотложные следственные действия в пределах специально отведенной ему предметной подследственности (ст. 157). При отсутствии неотложной ситуации по подследственности передается повод к возбуждению дела с материалами проверки (п. 3 ч. 1 ст. 145 УПК).

О направлении дела прокурору или руководителю следственного органа для передачи по подследственности делается отметка в постановлении о возбуждении дела (ч. 3 ст. 146) или выносится специальное постановление (приложение 16 к ст. 476 УПК).

¹ См. Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 13.12.94 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 8. С. 13.

Возбуждение уголовного дела сопровождается заполнением статистической карточки на выявленное преступление. Учетно-регистрационными подразделениями (ОВД, прокуратуры, таможенных органов, ФСБ) уголовному делу присваивается порядковый номер дела¹.

2. Проверка прокурором законности и обоснованности возбуждения уголовного дела

После вынесения постановления о возбуждении уголовного дела копия постановления незамедлительно направляется прокурору. При возбуждении уголовного дела капитанами морских или речных судов, находящихся в дальнем плавании, руководителями геолого-разведочных партий или зимовок, удаленных от мест расположения «обычных» органов дознания, главами дипломатических представительств или консульских учреждений Российской Федерации прокурор немедленно уведомляется о начатом расследовании. В данном случае постановление о возбуждении уголовного дела передается прокурору при появлении для этого реальной возможности.

Прокурор наделен полномочием отменить незаконное или необоснованное постановление о возбуждении уголовного дела любого органа предварительного расследования в срок не позднее 24 часов с момента получения прокурором материалов предварительной проверки (ч. 4 ст. 146 УПК в редакции от 05.06.2007 г.²).

Основанием для отмены постановления о возбуждении дела является его незаконность и (или) необоснованность. В некоторых случаях эти основания в силу их очевидности могут быть установлены прокурором путем изучения копии самого постановления (например, не соблюден порядок возбуждения дела в отношении лиц, обладающих служебным иммунитетом — ст. 447, 448 УПК). Однако содержательная оценка законности и обоснованности решения о возбуждении дела, в частности выяснение наличия большинства оснований для отказа в возбуждении дела (ст. 24 УПК), требует изучения материалов предварительной проверки: повода для возбуждения дела, объяснений заявителя, пострадавшего, очевидцев, протокола осмотра места происшествия, заключения специалиста и др. По смыслу закона прокурор вправе затребовать для проверки такие материалы (ч. 4 ст. 21, п. 1 ч. 2 ст. 37 УПК; ч. 2 ст. 6 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»; п. 1.3 приказа Генерального прокурора РФ от 06.09.2007 № 136 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия»).

Ограничение срока отмены прокурором постановления о возбуждении уголовного дела 24 часами обеспечивает стабильность предварительного расследования и судебного разбирательства, так как отмена решения о возбуждении дела делает юридически ничтожным все результаты производства по делу и препятствует повторному возбуждению уголовного дела в отношении тех же лиц по тем же основаниям.

¹ См. приказ Генпрокуратуры РФ № 39, МВД РФ № 1070, МЧС РФ № 1021, Минюста РФ № 253, ФСБ РФ № 780, Минэкономразвития РФ № 353, ФСКН РФ № 399 от 29.12.2005 г. «О едином учете преступлений» // Российская газета. 25.01.2006 г.

² См.: Федеральный закон от 05.06.2007 № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» и Федеральный закон от 17.01.92 г. «О прокуратуре Российской Федерации» (в ред. от 05.06.2007 г.) // Российская газета. 08.06.2007 г.

По буквальному смыслу закона началом исчисления данного срока является получение прокурором не копии постановления о возбуждении дела, а «материалов». Это означает, что, получив копию постановления, прокурор истребует обосновывающие его материалы, с момента получения которых начинается течь 24-часовой срок¹.

При этом следует учесть, что за пределами 24-часового срока в любой момент предварительного расследования суд вправе признать незаконным и необоснованным постановление о возбуждении уголовного дела, вынесенное в отношении конкретного лица, по результатам рассмотрения жалобы заинтересованных лиц в порядке, предусмотренном ст. 125 УПК (определение Конституционного Суда РФ от 27.12.2002 № 300-О. Подробнее об этом см. § 4 данной главы учебника).

Постановление прокурора об отмене решения о возбуждении дела может быть обжаловано вышестоящему прокурору, а потенциальными потерпевшим, гражданским истцом — в суд.

3. Особенности возбуждения дел частного и частно-публичного обвинения

Уголовно-процессуальным законом предусмотрен особый порядок возбуждения уголовного дела в отношении лиц, обладающих служебным иммунитетом (ст. 448 — см. § 2 гл. 35 учебника), по запросам иностранных государств об уголовном преследовании (ст. 459 — см. § 4 гл. 36 учебника). Однако возбуждение уголовных дел частного и частно-публичного обвинения обладает не меньшими особенностями.

В делах публичного обвинения обвинителем выступает государство в лице органов уголовного преследования. В делах частного обвинения обвинителем выступает потерпевший, так как общественная опасность таких преступлений зависит от его субъективного восприятия деяния и его последствий. В результате возникает частно-исковой процесс, в котором потерпевший сам распоряжается иском — обвинением: подает заявление в суд для возбуждения дела, отказывается от уголовного преследования в связи с примирением с обвиняемым. Такое мировое соглашение, заключенное до удаления суда в совещательную комнату, обязательно влечет прекращение дела.

Дела частно-публичного обвинения занимают промежуточное место между делами публичного и частного обвинения. Волеизъявление потерпевшего обязательно для их возбуждения, однако его примирение с обвиняемым не обязывает должностных лиц прекратить уголовное дело (иногда это право у них имеется в соответствии со ст. 25 УПК). Дела частно-публичного обвинения — это дела о преступлениях, предусмотренных УК РФ: изнасилование (ч. 1 ст. 131), насильственные действия сексуального характера (ч. 1 ст. 132); нарушение равноправия граждан (ч. 1 ст. 136), нарушение неприкосновенности частной жизни (ч. 1 ст. 137), нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений (ч. 1 ст. 138), нарушение неприкосновенности жилища (ч. 1 ст. 139), необоснованный отказ в приеме на работу или необоснованное увольнение беременной женщины или женщины, имеющей детей в возрасте до 3 лет (ст. 145), нарушение авторских и смежных прав (ч. 1 ст. 146), нарушение изобретательских и патентных прав (ч. 1 ст. 147). Макси-

¹ См. п. 1.3 приказа Генерального прокурора РФ от 06.09.2007 № 136 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия».

мальное наказание за эти преступления, за исключением изнасилования и насильственных действий сексуального характера (ч. 1 ст. 131, ч. 1 ст. 132 УК РФ), которые относятся к категории тяжких преступлений, не превышает 2 лет лишения свободы.

К делам частно-публичного обвинения примыкают дела, возбуждаемые по заявлению коммерческой или иной организации (ст. 23 УПК) по преступлениям, причинившим вред исключительно этой организации и предусмотренным гл. 23 УК РФ.

Для возбуждения уголовных дел частно-публичного обвинения обязательным поводом является заявление самого пострадавшего¹. При этом заявление пострадавшего рассматривается не только как сообщение о преступлении, но и как акт, выражающий его юридическую позицию. Поэтому в заявлении должно быть ясно отражено желание пострадавшего привлечь виновных к уголовной ответственности. Например, заявление пострадавшего с просьбой о привлечении к административной ответственности не должно рассматриваться как повод для возбуждения дела частно-публичного обвинения.

При принятии заявления пострадавшего по делу частно-публичного обвинения ему дополнительно должны быть разъяснены юридические последствия возбуждения дела (невозможность автоматического прекращения дела при примирении).

Если при предварительной проверке иного сообщения о преступлении в порядке ст. 144 УПК будут установлены признаки преступления частно-публичного обвинения, то пострадавшему должно быть разъяснено его право подать заявление. Если в процессе расследования или судебного рассмотрения дела публичного обвинения выявится необходимость переквалификации ранее вменявшегося деяния на преступление, преследуемое в порядке частно-публичного обвинения, то для продолжения производства должно быть получено согласие пострадавшего. Отсутствие такого согласия является основанием для отказа в возбуждении или для прекращения дела (п. 5 ч. 1 ст. 24).

Уголовное дело частно-публичного обвинения может быть возбуждено без заявления пострадавшего при наличии обстоятельств, указанных в ч. 4 ст. 20. Такими обстоятельствами признается наличие причин, в силу которых пострадавший не может самостоятельно защищать свои интересы и воспользоваться своими процессуальными правами (не полностью дееспособен, находится в беспомощном либо зависимом состоянии от предполагаемого преступника и т.п.). В этих случаях уголовное дело возбуждается следователем или с согласия прокурора — дознавателем в публичном порядке.

§ 6. ОСНОВАНИЯ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ПОРЯДОК ОТКАЗА В ВОЗБУЖДЕНИИ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Понятие и основания для отказа в возбуждении дела

Отказ в возбуждении дела — это итоговое решение стадии возбуждения дела, которым завершается уголовное судопроизводство в целом. В связи с этим отказ в возбуждении дела относится к числу основных уголовно-процессуальных решений.

¹ Термин «потерпевший», используемый в ст. 24 и 147 УПК, не точен и имеет уголовно-правовой смысл, поскольку в процессуальном значении потерпевший появляется только после возбуждения уголовного дела (ст. 42).

Постановление об отказе в возбуждении дела имеет преюдициальное (точнее, преклюзивное — от лат. *praeclusio* — закрывание) значение для органов уголовного преследования. Оно является основанием для прекращения будущего уголовного преследования в отношении конкретных лиц по тому же самому подозрению (п. 5 ч. 1 ст. 27 УПК).

Отнесение отказа в возбуждении дела к основным процессуальным решениям приводит к выводу о том, что его основаниями должны быть *уголовно-процессуальные доказательства*. С их помощью необходимо достоверно установить одно из обстоятельств, исключающих производство по уголовному делу (ст. 24). При этом следует иметь в виду, что сам по себе недостаток данных о наличии в деянии признаков преступления не может сразу же повлечь отказ в возбуждении дела. Дефицит информации о признаках преступления не освобождает органы уголовного преследования от принятия мер по установлению события преступления и изобличению виновных (ч. 2 ст. 21). Если по истечении срока предварительной проверки сообщения о преступлении все же осталось неясным, было ли совершено преступление, то уголовное дело должно быть возбуждено для расследования предполагаемого события. Другими словами, основания для возбуждения дела имеют вероятностный характер, а основания для отказа в возбуждении — достоверный.

Например, пострадавший в результате дорожно-транспортного происшествия находился в больнице 10 дней. За это время не удалось точно установить, какова степень тяжести причиненного его здоровью вреда. В связи с истечением срока предварительной проверки сообщения о преступлении необходимо возбуждать уголовное дело, так как признаки преступления имеют место, а именно — есть вероятность причинения пострадавшему *тяжкого вреда здоровью*, минимально необходимого для наличия признаков состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 264 УК РФ. В то же время оснований для отказа в возбуждении дела нет (так как *достоверно* не доказано, что последствия не превысят вреда здоровью средней тяжести).

Уголовно-процессуальный закон предусматривает следующие основания для отказа в возбуждении уголовного дела.

1. *Отсутствие события преступления* (п. 1 ч. 1 ст. 24 УПК). Это основание означает, что установлено отсутствие самого деяния, в связи с которым поступило сообщение о преступлении. Следует иметь в виду, что иногда событие как таковое может иметь место, но если оно не является человеческим деянием (действием или бездействием), а представляет собой проявление исключительно стихийных природных сил (молнии, снежной лавины, диких животных и т.д.), отказ в возбуждении дела производится также по данному основанию.

Оно применяется только тогда, когда не существовало никакого деяния, послужившего причиной сообщения о совершении преступления (было сделано заведомо ложное сообщение о преступлении; заявителю показалось, что у него пропали деньги, и т.п.). Если же обнаружится, например, что причиной для подачи заявления лица о краже или угоне принадлежащего ему автомобиля послужили действия члена его семьи, переставившего автомобиль в другое место без ведома владельца, то в этом случае нельзя сделать вывод, что события, содержащего некоторые признаки кражи или угона (в данной ситуации — исчезновения автомобиля), не существовало. Основанием для отказа в возбуждении уголовного дела в этом случае будет другое основание — отсутствие состава преступления в действиях члена семьи.

2. *Отсутствие в деянии состава преступления* (п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК) как основание для отказа в возбуждении дела имеет место тогда, когда проверяемое событие (деяние) было, однако оно не является преступным. Поэтому в постановлении каждый раз необходимо указывать, состав какого именно преступления отсутствует, со ссылкой на соответствующий пункт, часть, статью УК РФ.

В возбуждении уголовного дела по данному основанию необходимо отказать, если:

— в деянии отсутствуют все или некоторые признаки какого-либо конкретного состава преступления, предусмотренного статьями Общей и Особенной частей УК РФ;

— деяние имело правомерный характер ввиду наличия обстоятельств, исключающих преступность деяния (необходимая оборона, причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, крайняя необходимость и другие действия, указанные в гл. 8 УК);

— деяние не является преступлением в силу малозначительности (ч. 2 ст. 14 УК);

— лицо к моменту совершения деяния не достигло возраста, с которого наступает уголовная ответственность, или вследствие отставания в психическом развитии не могло в полной мере осознавать характер своих действий или руководить ими (ч. 3 ст. 27 УПК; ст. 20 УК РФ). Указанные обстоятельства предполагают доказанность участия данного лица в совершении преступления и потому не влекут его реабилитации (ч. 4 ст. 133 УПК).

Процессуальный закон устанавливает, что отказ в возбуждении дела в связи с отсутствием состава преступления допускается лишь *в отношении конкретного лица* (ч. 1 ст. 148 УПК). Другими словами, требуется установить личность человека, совершившего деяние. По-видимому, законодатель полагал, что это обеспечивает права пострадавшего (которому в этом случае легче обратиться в суд для возмещения известным ему ответчиком ущерба в порядке гражданского судопроизводства).

3. *Истечение сроков давности уголовного преследования* (п. 3 ч. 1 ст. 24 УПК). Порядок исчисления данных сроков установлен ст. 78, 94 УК. Течение сроков давности приостанавливается лишь в случае, если виновный уклоняется от следствия, и возобновляется с момента его задержания либо явки с повинной. Совершение нового преступления не прерывает течение срока давности, так как сроки давности по каждому преступлению исчисляются самостоятельно. Не допускается отказ в возбуждении дела по данному основанию по преступлениям, за которые установлено наказание в виде смертной казни или пожизненного лишения свободы, так как в этих случаях вопрос о применении сроков давности решается только судом, т.е. после возбуждения дела и проведения предварительного следствия (ч. 4 ст. 78 УК).

Данное основание для отказа в возбуждении дела является *нереабилитирующим* и предполагает доказанность всех признаков состава преступления. По этой причине оно применяется только при отсутствии возражений со стороны потенциального обвиняемого.

4. *Смерть подозреваемого или обвиняемого, за исключением случаев, когда производство по делу необходимо для реабилитации умершего* (п. 4 ч. 1 ст. 24 УПК). При наличии данных о существовании реабилитирующих лицо обстоятельств производство по делу продолжается в общем порядке и может завершиться прекращением дела по этим обстоятельствам, в том числе и тогда, когда виновность лица, несмотря на все принятые меры, осталась недоказанной.

5. *Отсутствие заявления потерпевшего, если уголовное дело может быть возбуждено не иначе как по его заявлению* (п. 5 ч. 1 ст. 24 УПК). Это основание распространяется на отказ в возбуждении дел частного и частно-публичного обвинения, в том числе и на дела, возбуждаемые по заявлению коммерческой или иной организации (ч. 2—3 ст. 20, ст. 23). По данным делам заявление о возбуждении дела является исключительным поводом, необходимой предпосылкой процесса. Отказ в возбуждении дела в связи с отсутствием заявления пострадавшего применяется только при условии, что он способен самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами (ч. 4 ст. 20 УПК).

6. *Отсутствие заключения суда либо согласия соответственно Совета Федерации, Государственной Думы, Конституционного Суда, квалификационной коллегии судей на возбуждение дела в отношении лиц, обладающих служебным иммунитетом* (п. 6 ч. 1 ст. 24 УПК). Подробнее об этом основании и о самой процедуре возбуждения дел см. § 2 гл. 35 учебника. Данное основание является нереабилитирующим, поэтому не применяется при возражениях потенциального обвиняемого.

Уголовно-процессуальный кодекс не содержит больше никаких других оснований для отказа в возбуждении дела. Это означает, что во всех остальных случаях уголовное дело должно быть возбуждено, расследовано, а затем уже может быть прекращено.

Для того чтобы ориентироваться в сложном делении оснований для отказа в возбуждении дела по действующему УПК, полезно вспомнить их классификацию, общепринятую в старой российской процессуальной теории и постепенно забытую в советский период¹. Согласно этой классификации, основания для *отказа в возбуждении дела* отражают отсутствие *предпосылок для уголовного преследования*, которые делятся на *фактические* и *юридические*. Фактические предпосылки отпадают при отсутствии события преступления и при неустановлении лица, его совершившего.

Юридические предпосылки могут быть материально-правовыми и процессуальными. Материально-правовые предпосылки отсутствуют, когда невозможно привлечение к уголовной ответственности: ввиду отсутствия состава преступления, смерти обвиняемого, истечения сроков давности, акта амнистии. Отсутствие процессуальных предпосылок для уголовного преследования — это наличие других неотмененных правоприменительных решений (преюдициальных, или преклюзивных, фактов) или ограниченная правоспособность обвинителя (например, когда по делам частного и частно-публичного характера требуется специальный обвинитель — сам потерпевший либо когда для возбуждения дела требуется предварительное согласие особого органа, например, квалификационной коллегии судей).

2. Процессуальный порядок отказа в возбуждении дела

При наличии основания для отказа в возбуждении дела выносится мотивированное постановление (приложение 21 к ст. 476 УПК). Мотивированность предполагает указание в тексте постановления анализа его оснований (доказательств, устанавливающих одно из обстоятельств, предусмотренных ст. 24 УПК).

¹ Подробно она изложена И.Я. Фойницким (Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. СПб., 1996. С. 37—46, 55—59); в более сжатом виде — М.А. Чельцовым (Советский уголовный процесс. М., 1951. С. 220—224), а М.С. Строговичем уже только упоминается (Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968. С. 182, 193).

Если в результате проверки заявления о преступлении будет установлена ложность содержащихся в нем сведений об участии в совершении преступления определенных лиц, то органы уголовного преследования обязаны рассмотреть вопрос о возбуждении уголовного дела за заведомо ложный донос по ст. 306 УК РФ. В постановлении об отказе в возбуждении дела по заявлению должно содержаться решение и об отказе в возбуждении дела в отношении заявителя. При обнаружении признаков заведомо ложного доноса дознаватель, следователь или прокурор составляют рапорт в соответствии со ст. 143 УПК и принимают в рассмотренном выше порядке решение о возбуждении дела.

Если поводом к возбуждению дела был рапорт об обнаружении признаков преступления в сообщении средств массовой информации, то при отказе в возбуждении дела оно обязано опубликовать (распространить) информацию о принятом решении.

Процессуальный закон требует, чтобы в течение 24 часов с момента вынесения постановления об отказе в возбуждении дела его копия была направлена заявителю и прокурору (ч. 4 ст. 148 УПК). Эта норма должна применяться с учетом официального толкования Конституции РФ (ст. 45, 46), данного Конституционным Судом РФ¹. В соответствии с ним заинтересованные лица (чьи права затрагиваются постановлением об отказе в возбуждении дела) имеют право знакомиться с указанным постановлением и материалами предварительной проверки. С учетом этого копия постановления должна быть направлена пострадавшему, даже если он не является заявителем (п. 13 ч. 2 ст. 42 УПК); лицу, в отношении которого было подано заявление; лицу, в отношении которого в постановлении сделаны неблагоприятные для него выводы (например, виновность в административном правонарушении). Права этих лиц на ознакомление с материалами проверки должны быть обеспечены должностным лицом, отказавшим в возбуждении дела.

Отказ в возбуждении дела препятствует доступу граждан к правосудию, поэтому он может быть обжалован заинтересованными лицами как прокурору, так и в суд (ст. 124, 125)².

Действующий процессуальный закон прямо предусматривает две процедуры отмены решения об отказе в возбуждении дела: руководителем следственного органа или прокурором.

Постановление следователя отменяется руководителем следственного органа как по собственной инициативе (п. 2 ч. 1 ст. 39), так и по результатам рассмотрения представления прокурора (ч. 6 ст. 148), жалобы заинтересованного лица (ст. 124), судебного решения (ст. 125). Отменяя постановление об отказе в возбуждении дела, руководитель следственного органа вправе лично возбудить дело, если примет его к своему производству.

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ: от 29.04.98 № 13-П по делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 113 УПК РСФСР в связи с запросом Костомукшского городского суда Республики Карелия; от 18.02.2000 № 3-П по делу о проверке конституционности п. 2 ст. 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Б.А. Кехмана; определение Конституционного Суда РФ от 06.07.2000 № 191-О по жалобе гражданина Луценко Николая Максимовича на нарушение его конституционных прав ч. 3 ст. 113 УПК РСФСР.

² См. Постановление Конституционного Суда РФ от 29.04.98 № 13-П по делу о проверке конституционности ч. 4 ст. 113 УПК РСФСР в связи с запросом Костомукшского городского суда Республики Карелия.

Постановление дознавателя, органа дознания отменяется прокурором по собственной инициативе (п. 6 ч. 2 ст. 37; ч. 6 ст. 148) либо по результатам рассмотрения жалобы (ст. 124), либо по ходатайству начальника подразделения дознания (п. 4 ч. 1 ст. 40). При этом прокурор не может лично возбудить уголовное дело, а должен направить соответствующие материалы начальнику органа дознания для принятия решения о возбуждении дела.

Суд, рассматривая жалобу на отказ в возбуждении дела, может ее удовлетворить, но он не вправе сам возбуждать уголовное дело публичного обвинения. Поэтому, удовлетворяя жалобу, суд обязывает органы уголовного преследования устранить допущенное нарушение. Последние вправе возбудить уголовное дело, изменить основания для отказа в возбуждении дела или, по указанию прокурора, провести дополнительную проверку сообщения о преступлении.

§ 1. ПОНЯТИЕ, СИСТЕМА, ЭТАПЫ И ФОРМЫ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

1. Понятие предварительного расследования

В большинстве случаев уголовный суд не может сразу рассмотреть уголовное дело, так как его для этого надо подготовить. Если в гражданском процессе предварительная подготовка по делу имеет относительно несложный характер и ведется сторонами и судом, который будет его рассматривать по существу (гл. 14 ГПК РФ), то в уголовном судопроизводстве (по крайней мере по делам публичного и частно-публичного обвинения) этому препятствует ряд факторов. По уголовным делам установление фактической истины часто осложнено ввиду неочевидного характера многих преступлений, заpiresательства и противодействия со стороны обвиняемых и т.п. Поэтому, в отличие от истца в гражданском процессе, обвинитель не может сразу окончательно сформулировать свои требования и обратиться с ними к суду. Он вынужден делать первый шаг, порой не имея достаточных доказательств. Прежде ему необходимо безотлагательно обнаружить и закрепить следы преступления, установить и разыскать подозреваемого, собрать и проверить необходимые доказательства, определить предмет уголовно-правового спора и предъявить первоначальное обвинение (о понятиях первоначального и окончательного обвинения см. п. 4 § 1 гл. 3 и § 1 гл. 13 учебника), проверить доводы, выдвинутые против него защитой, наконец, обеспечить личное участие обвиняемого в процессе. Только после этого возможно представить в суд окончательное обвинение. Все это обычно требует значительного времени и усилий. Словом, необходимо официальное предварительное расследование, которое в современном уголовном процессе не может осуществляться самим судом. Для этого существуют особые государственные органы уголовного преследования (предварительного расследования), наделенные специальными ресурсами и полномочиями.

В российском уголовном процессе предварительное расследование является основной формой досудебной подготовки материалов дела. Лишь по делам частного обвинения (ч. 2 ст. 20 УПК) вместо предварительного расследования подготовка материалов к судебному разбирательству производится самим потерпевшим при содействии мирового судьи (ст. 318—319). Предварительное расследование — вторая стадия досудебного производства по уголовному делу, назначение которой состоит в подготовке уголовного дела для судебного разбирательства, а иногда — и для принятия здесь окончательного решения в виде прекращения уголовного дела или уголовного преследования. Однако в целом предварительное расследование играет в уголовном процессе подчиненную роль по отношению к судебным стадиям. Оно названо предварительным потому, что производится *до суда и для суда*. Этим объясняется, почему суд не ограничен подготовительным материалом расследования и не может принять «на веру» выводы следователя. Окончательное значение будет иметь судебное следствие, результаты которого составят непосредственную основу приговора или иного судебного решения.

Как и любая другая стадия процесса, предварительное расследование определяется четырьмя признаками: 1) непосредственными целями и задачами, 2) итоговыми решениями, 3) кругом участников и 4) процессуальной формой (процедурой).

Предварительное расследование преследует следующие *цели*: а) раскрыть преступление; б) изобличить виновного в совершении определенного преступления либо реабилитировать невинного; в) сформировать достаточную доказательственную базу для проведения судебного разбирательства; г) обеспечить личное участие обвиняемого в суде; д) гарантировать возможное решение суда о возмещении вреда, причиненного преступлением.

Для достижения этих целей перед данной стадией стоят определенные *задачи*: а) поиск, собирание и исследование доказательств по делу; б) обеспечение права обвиняемого (подозреваемого) на защиту; в) применение (при необходимости) мер процессуального принуждения; г) передача уголовного дела в суд либо прекращение уголовного дела или уголовного преследования.

Как было указано ранее (§ 3 гл. 1 учебника), отличие между целями и задачами заключается в том, что цели — это ожидаемый результат, который может быть достигнут или не достигнут в том или ином деле, в то время как выполнение задач — безусловная обязанность соответствующих участников процесса при производстве по каждому делу. Так, в силу разных объективных и субъективных причин (например, необратимой утраты следов преступления) преступление может остаться нераскрытым, доказательства — не добытыми, подозреваемый может быть не установлен, похищенное имущество — не найдено и т.д., т.е. цели предварительного расследования в полном объеме не достигнуты. Однако, несмотря на это, органы предварительного расследования в любом случае обязаны заниматься поиском и собиранием доказательств, разъяснять права подозреваемому и обвиняемому, по его желанию — обеспечить участие в деле защитника и т.д., а затем — передать дело в суд либо прекратить уголовное преследование или уголовное дело. Защитник подозреваемого или обвиняемого также обязан оказывать ему юридическую помощь при производстве по уголовному делу, а судья — разрешать процессуальные вопросы, отнесенные к его компетенции (ч. 2 ст. 29).

В ходе предварительного расследования происходит определение предмета доказывания (того круга обстоятельств, которые надо установить для разрешения дела) и его предварительное исследование с тем, чтобы суд мог всесторонне и полно установить картину совершенного преступления и решить вопрос об уголовной ответственности и возмещении причиненного преступлением ущерба. Из этого следует, что, во-первых, в ходе предварительного расследования необходимо собрать как обвинительные (уличающие), так и оправдательные доказательства. Во-вторых, хотя все собранные здесь доказательства и называются судебными, но являются лишь исходным материалом для судебного следствия и подлежат всесторонней проверке и оценке.

Получение необходимых доказательств порой находится под угрозой их сокрытия или уничтожения, поэтому, для того чтобы гарантировать их собирание, иногда возникает необходимость применения правового принуждения. Кроме того, такое принуждение гарантирует и одно из главных условий уголовного судопроизводства — личное участие обвиняемого в деле, ибо уголовно-правовой спор имеет прежде всего

личный, а не имущественный характер. Принудительные действия обеспечивают также возможность исполнения будущего приговора (например, наложение ареста на имущество, которое может быть взыскано по решению суда).

Однако, собрав необходимые доказательства и обеспечив участие в деле обвиняемого, предварительное расследование не может быть закончено, так как к судебному разбирательству нужно подготовить еще и стороны. Обвиняемый должен получить возможность заблаговременно реализовать свое право на защиту, а потерпевший — право на участие в уголовном преследовании. В силу особого публичного интереса эти права иногда даже осуществляются императивным методом (например, обязательное участие защитника в соответствии со ст. 51).

Предварительное расследование заканчивается либо передачей дела в суд, либо прекращением дела или уголовного преследования (ст. 212—214, 439). Передача дела в суд происходит через прокурора и оформляется тремя различными решениями: а) обвинительным заключением (если по делу проводилось предварительное следствие — ст. 215—222), б) обвинительным актом (если по делу производилось дознание — ст. 225—226), в) постановлением о направлении дела в суд для принудительной меры медицинского характера (ст. 439). При этом следует иметь в виду, что дознание может завершиться направлением дела для производства предварительного следствия (п. 4 ч. 1 ст. 226), однако для стадии предварительного расследования — это промежуточное решение. Промежуточными решениями являются также передача дела по подследственности и приостановление дела.

Таким образом, стадия предварительного расследования начинается с момента возбуждения уголовного дела и заканчивается утверждением прокурором решения следователя или дознавателя о передаче дела в суд или прекращением уголовного дела или уголовного преследования.

Основанием для такого вывода может служить включение гл. 31 УПК («Действия и решения прокурора по уголовному делу, поступившему с обвинительным заключением») в состав разд. VIII Кодекса («Предварительное расследование»).

Вместе с тем данный вывод не является совершенно бесспорным. Согласно ч. 2 ст. 162 в срок предварительного следствия включается лишь время со дня возбуждения уголовного дела до дня его направления прокурору с обвинительным заключением. То есть, по смыслу этой нормы, действия прокурора после поступления к нему дела с обвинительным заключением имеют место уже после *окончания* предварительного следствия, что подтверждается и наименованием ст. 215 УПК («Окончание предварительного следствия с обвинительным заключением»), в которой речь идет о действиях следователя еще до направления дела прокурору. При рассмотрении материалов дела, поступивших к нему с обвинительным заключением, прокурор может *возвратить* уголовное дело для производства дополнительного *предварительного следствия* (п. 2 ч. 1 ст. 221 и п. 4 ч. 1 ст. 226), что также дистанцирует указанные действия прокурора от производства предварительного следствия. Таким образом, можно констатировать существование в УПК РФ коллизии правовых норм относительно конечного момента предварительного следствия. С учетом сказанного можно предположить, что имеются предпосылки рассматривать действия прокурора в порядке гл. 31 УПК как находящуюся на этапе законодательного оформления новую, третью, стадию досудебного производства. Ее целью является, по существу, решение прокуро-

ром вопроса о предании обвиняемого суду в так называемой обвинительной форме (см. об этом § 1 гл. 19 учебника)¹. Данный вывод находит свое подтверждение в изменении роли прокурора в уголовном процессе², которая подчинена идее разграничения функций расследования и поддержания обвинения в суде. Согласно этой идее, прокурор как будущий государственный обвинитель не участвует в расследовании, а лишь утверждает его итог в виде обвинительного заключения.

2. Система предварительного расследования

Стадия предварительного расследования первоначально сформировалась еще в средневековом розыском процессе, в котором уже тогда четко обозначились три ее этапа: общее расследование (*лат.* — *inquisitio generalis*), суммарное производство (*inquisitio summaria*) и специальное расследование (*inquisitio specialis*)³. Аналогичные этапы образуют основу структуры предварительного расследования и по сей день в подавляющем большинстве современных мировых уголовно-процессуальных систем (независимо от того, как они именуются в том или ином национальном праве). Рассмотрим их более подробно.

1. *Общее расследование* называется так потому, что оно производится еще без обвиняемого, следовательно, в отношении относительно неопределенного (общего) круга лиц. Даже если в это время уже имеются подозрения против какого-либо конкретного лица, оно не только *считается невиновным* в силу закона (презумпция невиновности), но пока *не считается виновным* даже органами уголовного преследования, поскольку обвинение против него официально еще не выдвинуто. В этом, юридическом, смысле расследование ведется не против конкретного лица, а *по факту* обнаружения события, содержащего признаки преступления. Именно поэтому к подозреваемому по общему правилу не должны применяться меры пресечения, а единственной принудительной мерой, ограничивающей его личную свободу, может быть лишь кратковременное задержание. Главные цели такого расследования — установить наличие или отсутствие события преступления, обнаружить и изобличить лицо, виновное в его совершении, либо реабилитировать невиновного. В ходе общего расследования происходит подготовка к выдвигению на следующем этапе так называемого *первоначального обвинения*.

2. Вторым этапом предварительного расследования является то, что, отдавая дань традиции, можно называть *суммарным производством*⁴. После того как предполагае-

¹ Эта позиция получила поддержку в юридической литературе. Так, профессор О.Я. Баев предлагает назвать новую стадию «возбуждением государственного обвинения» (см.: *Баев О.Я.* Прокурор в структуре уголовного преследования на досудебных стадиях уголовного процесса // Информационно-справочная система КонсультантПлюс. Дата публикации 22.10.2003 г.).

² См.: Федеральный закон от 05.06.2007 № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» и Федеральный закон от 17.01.92 г. «О прокуратуре Российской Федерации» (в ред. от 05.06.2007 г.) // Российская газета. 08.07.2007 г.

³ См.: *Чельцов-Бебутов М.А.* Курс советского уголовно-процессуального права. СПб., 1995. С. 278, 288, 736; *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. С. 24—26; Т. 2. С. 353, 371.

⁴ Суммарным производством также именуют разновидность ускоренного и упрощенного производства в английском уголовном процессе. Однако в историческом плане оно происходит именно от этапа суммарного расследования, имеющего в английском процессе форму предварительного судебного следствия (*англ.* preliminary inquiry), на котором предъявляется первоначальное обвинение.

мый преступник установлен, необходимо оценить совокупность собранных по делу доказательств (как бы *суммировать* их), предъявить этому лицу обвинение и выяснить его доводы в свою защиту. То есть этап суммарного производства предназначен для выдвижения первоначального обвинения и конкретизации позиции, занятой стороной защиты. В российском уголовном процессе этому этапу соответствует вынесение постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, предъявление обвинения, допрос обвиняемого и решение вопроса об избрании ему меры пресечения.

3. Третий этап предварительного расследования — это *специальное расследование*, которое производится в отношении конкретного обвиняемого. На данном этапе с учетом подтверждения или опровержения доводов защиты, выдвинутых в ходе или после суммарного этапа, еще раз проверяется обоснованность обвинительных доказательств и определяется *окончательное обвинение*. В российском уголовном процессе (при производстве предварительного следствия) этот этап начинается после допроса обвиняемого и завершается составлением обвинительного заключения.

В историческом плане специальное расследование иначе называлось формальным, или судебным, потому что традиционно осуществлялось судебным органом — судебным следователем или следственным судьей.

3. Этапы предварительного расследования в основных мировых системах уголовного судопроизводства

Мы сосредоточим здесь внимание главным образом на общей структуре этой части процесса, т.е. на том, как проявляют себя названные выше этапы предварительного расследования в судопроизводстве различных типов.

1. В *процессе английского типа* (Англия, США и др.) этап общего расследования протекает в виде негласного и неформализованного полицейского расследования. Англосаксонская правовая доктрина считает такую деятельность не уголовно-процессуальной, а административной. Полиция обладает обширными дискреционными полномочиями, но ограничена правилом об исключении доказательств, полученных с нарушением должной правовой процедуры. Юридически полиция действует как сторона, подготавливающая материал для судебного разбирательства. Полицейское расследование заканчивается обращением в суд с заявлением об обвинении (англ. — *information*) или за получением ордера на арест (*writ of capias*), что, по сути, равнозначно возбуждению уголовного преследования в отношении конкретного лица¹. Суммарный этап расследования происходит уже в суде — это производство предварительного судебного рассмотрения дела (*pretrial examination*, или *preliminary enquiry*), на котором происходит предъявление первоначального обвинения и принимается решение по вопросу о предании обвиняемого суду. По делам о преступлениях, не представляющих большой общественной опасности, на этом этапе при определенных ус-

С появлением в английском законодательстве так называемых суммарных преступлений (определенной категории преступлений, не представляющих большой общественной опасности) судьи, обычно проводящие предварительное судебное следствие (мировые судьи, магистраты), получили возможность рассматривать такие дела по существу, с вынесением приговора. Таким образом, суммарный этап предварительного расследования является первичным понятием для суммарного производства как упрощенной и ускоренной формы процесса.

¹ См.: *Пешков М.А.* Арест и обыск в уголовном процессе США. М., 1998. С. 29.

ловиях (главным из которых является согласие обвиняемого) дело может быть рассмотрено по существу, с вынесением приговора¹. Формированию окончательного обвинения в английском судопроизводстве предшествует последний этап досудебной подготовки — так называемая процедура раскрытия доказательств (*disclosure*), которую по ее задачам можно считать аналогом специального расследования. Здесь сторона обвинения представляет защите информацию о собранных ею доказательствах, свидетельствующих в пользу защиты, а защита раскрывает суду и обвинителю существо защитительной позиции (например, наличие доказательств алиби). В уголовном процессе США специфический этап, напоминающий специальное расследование, осуществляется также по делам об опасных преступлениях в большом жюри, которое сохранилось в федеральной судебной системе и в некоторых штатах. Его цель состоит в дополнительной проверке обвинительных доказательств и обоснованности привлечения обвиняемого к уголовной ответственности перед рассмотрением его дела в суде присяжных по существу. Заканчивается этот этап решением большого жюри по вопросу об утверждении обвинительного акта.

2. *Французское предварительное расследование* детально регулируется УПК 1958 г. и состоит из следующих частей. Общему расследованию соответствует дознание (*enquête* — фр.), осуществляемое полицией под руководством прокурора. Результаты дознания позволяют прокурору (как правило, по делам о наиболее опасных преступлениях) возбудить уголовное преследование (уголовный иск) перед судебным следователем, который на основании собранных доказательств привлекает лицо к рассмотрению, что является наследием этапа суммарного производства. Затем предварительное следствие (*instruction preparatoire*) протекает как «специальное» — в отношении конкретного лица. Судебный следователь осуществляет с участием сторон следственные действия в пределах предъявленного обвинения. Предварительное следствие может завершаться и во второй для следователя судебной инстанции — следственной камере (*chambre d'instruction*).

3. *В германском предварительном расследовании* этапы общего, суммарного и специального предварительного расследования столь явно не выделяются, как это имеет место во Франции. Предварительное расследование называется полицейским, или прокурорским дознанием, а предварительное следствие как самостоятельная форма отсутствует. Однако легализация существенных для дела данных в качестве судебных доказательств и решения о применении мер принуждения принимаются специальным следственным судьей (так называемым судьей-дознавателем), который не принимает дело к своему производству, эпизодически вступая в процесс по ходатайству сторон. В то же время отголоски классических этапов расследования заметны и в современном германском процессе. Так, этапу общего расследования соответствует дознание на основе «простого подозрения», т.е. даже минимальной вероятности совершения преступления. Для избрания меры пресечения в виде заключения под стражу необходимо уже «серьезное подозрение», высокая вероятность его виновности и реальная возможность осуждения по приговору суда. В связи с задержанием обвиняемому предъявляют доказательства серьезного подозрения и допрашивают его в судебном заседании. Допрос обвиняемого заменяет отсутствующее официальное

¹ В настоящее время это характерно для уголовного процесса США (см.: Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. С. 270).

выдвижение первоначального обвинения. В этом виден аналог суммарного расследования. Дальнейшие процессуальные действия связаны с обоснованием первоначального подозрения с учетом доводов защиты (специальное расследование), что завершается выдвижением публичного (окончательного) обвинения.

4. В *российском уголовном процессе* все три классических этапа расследования выделяются предельно отчетливо, хотя осуществляются преимущественно розыскным порядком, при котором суд не принимает непосредственного участия в движении дела, ограничиваясь лишь контролем за применением мер процессуального принуждения и рассмотрением жалоб. Этап общего расследования осуществляется от момента возбуждения уголовного дела до вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого. Процессуальное содержание этапа общего расследования составляет, как правило, производство первоначальных следственных действий¹, а также (при наличии к тому оснований) задержание подозреваемого. Суммарный этап совпадает с процедурой предъявления обвинения, после чего следует специальное расследование, которое завершается вынесением обвинительного заключения.

В российском уголовном процессе существует и четвертый этап досудебной подготовки — деятельность прокурора по делу, поступившему с обвинительным заключением или обвинительным актом (гл. 31 и ст. 226 УПК). Этот этап, как отмечалось выше, формально считается частью предварительного расследования, однако он имеет относительную самостоятельность — для него установлены специальные задачи, сроки, форма деятельности прокурора и итоговые решения.

4. Формы предварительного расследования в российском уголовном процессе: предварительное следствие и дознание

Процессуальная форма как совокупность оснований, условий, процедур и гарантий (см. об этом § 2 гл. 1 учебника) имеет свойство *дифференцироваться*, т.е. разделяться на различные составляющие в зависимости от характера уголовных дел. Дифференциация процессуальной формы возможна в сторону ее усложнения или упрощения (добавление или исключение отдельных гарантий, институтов, увеличение или сокращение сроков и т.п.). Процессуальная форма дифференцируется по материально-правовому и процессуальному основаниям. Материально-правовым основанием для разделения процессуальной формы является степень общественной опасности преступления, которая определяется уголовно-правовой квалификацией по конкретной норме Особенной части УК. Это основание выражено в таких процессуальных институтах, как предметная подследственность и подсудность. Чем выше общественная опасность преступления, тем сложнее должна быть процессуальная форма производства по нему.

Процессуальное основание для дифференциации юридической формы судопроизводства предстает в виде представления законодателя о *сложности производства* по тем или иным категориям уголовных дел. Эта сложность может быть связана

¹ Понятие первоначальных следственных действий разрабатывается в основном криминалистической теорией и связано с особенностями типичных следственных ситуаций и определением на этой основе круга следственных действий, которые рекомендуется производить на начальном этапе расследования.

с очевидным или неочевидным характером преступлений, трудоемкостью собирания и проверки доказательств, а иногда и позицией по делу, занимаемой обвиняемым.

Стадия предварительного расследования также обладает своей процессуальной формой, которая может дифференцироваться в сторону усложнения (предварительное следствие) или в сторону упрощения (дознание).

Предварительное следствие — это наиболее полная форма предварительного расследования, обеспечивающая максимальные гарантии установления истины и реализации прав участников процесса. Предварительное следствие — это и основная форма расследования, так как оно обязательно по всем уголовным делам, за исключением тех, по которым производится дознание (ч. 2, 3 ст. 150 УПК), и дел, возбуждаемых в порядке частного обвинения (ст. 318). Для предварительного следствия в полной мере действуют все общие условия расследования, в нем реализованы все его институты, оно четко разделено на рассмотренные выше этапы. При этом надо иметь в виду, что процессуальная форма предварительного следствия может быть еще более усложнена по делам о применении принудительных мер медицинского характера, несовершеннолетних и лиц, обладающих служебным иммунитетом.

Предварительное следствие осуществляется следователями следственного комитета при прокуратуре, органов внутренних дел, федеральной службы безопасности и органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ (ст. 151). Об органах предварительного следствия см. § 5 гл. 5 учебника.

Дознание — это упрощенная форма предварительного расследования, осуществляемого дознавателем или следователем по делу, по которому производство предварительного следствия не обязательно (п. 8 ст. 5). Основанием для упрощения формы и условиями для производства дознания является: небольшая опасность преступления (дознание, как правило, производится по преступлениям небольшой или средней тяжести — ч. 3 ст. 150)¹. Упрощение формы расследования при производстве дознания отражено и в правовом статусе дознавателей (которые обладают меньшей процессуальной самостоятельностью, чем следователи), сокращении сроков дознания (30 суток с возможным продлением до 30 суток), при отсутствии некоторых процессуальных институтов (процедуры привлечения лица в качестве обвиняемого, обвинительного заключения, следственной группы, помещения подозреваемого в медицинский стационар для проведения экспертизы и др.).

Дознание как форму расследования осуществляют, как правило, особые должностные лица — *дознаватели*, причем не всех, а только некоторых органов дознания: органов внутренних дел, пограничных органов федеральной службы безопасности, органов службы судебных приставов, таможенных органов, органов государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ (ч. 3 ст. 151). В некоторых случаях дознание проводят *следователи* органов внутренних дел, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ и следственного

¹ Ранее закон предусматривал второе условие для производства дознания — небольшую сложность расследования. Сложность расследования зависит от доступности доказательств участия подозреваемого в совершении преступления. По этой причине дознание ранее проводилось лишь по «раскрытым» преступлениям — по делам, возбуждаемым в отношении конкретных лиц (ч. 2 ст. 223 УПК в ред. Федерального закона от 06.06.2007 № 90-ФЗ, которым данная норма отменена).

комитета при прокуратуре (п. 1, 7 ч. 3 ст. 151). Более подробно о проведении дознания как самостоятельной формы предварительного расследования см. гл. 18 учебника.

Впрочем, с точки зрения классической теории уголовного процесса, имеющей интернациональное значение, под предварительным следствием обычно понимают лишь судебную (проводимую следственным судьей) состязательную часть предварительной подготовки дела. Дознание же есть предшествующая предварительному следствию или полностью замещающая его несудебная розыскная часть предварительной подготовки, осуществляемая под руководством прокурора. В этом смысле российское «предварительное следствие» является не чем иным, как квалифицированной формой дознания (так называемое прокурорское дознание), а «производство неотложных следственных действий органом дознания» (ст. 157) и дознание в порядке гл. 32 УПК РФ — относительно упрощенные «полицейские» формы дознания.

Правильный выбор формы расследования — важное его условие. Ненадлежащее производство дознания вместо предварительного следствия должно рассматриваться как существенное нарушение уголовно-процессуального закона. Поэтому укажем здесь некоторые сложные случаи определения формы расследования:

— в силу прямого указания закона дознание производится по делам публичного обвинения, указанным в п. 1 ч. 3 ст. 150, а также по делам частного обвинения, при условии если они возбуждаются не в обычном для них частном, а в публичном порядке — прокурором, следователем, с согласия прокурора дознавателем при неспособности потерпевшего самостоятельно защищать свои права и законные интересы (ч. 4 ст. 20);

— по указанию прокурора дознание может быть проведено по иным преступлениям небольшой или средней тяжести (п. 2 ч. 3 ст. 150);

— дознание недопустимо по делам о применении принудительных мер медицинского характера (ч. 1 ст. 434);

— решением прокурора производство предварительного следствия может быть признано обязательным по уголовному делу, относящемуся к компетенции дознания (п. 11 ч. 2 ст. 37) или к частному обвинению (ч. 4 ст. 20). Так, прокурор может дать мотивированное указание о производстве следствия вместо дознания: а) если уголовное дело возбуждено по факту, а не в отношении конкретного лица; б) если за сокращенные сроки дознания невозможно полно и объективно провести расследование данного дела; в) если уголовное дело имеет особое общественное значение.

5. Производство неотложных следственных действий органом дознания

Своеобразной формой предварительного расследования в российском уголовном процессе является производство неотложных следственных действий органом дознания (ст. 157 УПК). Рассматриваемый институт является преемником такой разновидности дознания, которая по УПК РСФСР 1960 г. называлась «дознание по делам, по которым производство предварительного следствия обязательно» (ст. 119). В порядке проведения этого дознания орган дознания возбуждал уголовное дело, проводил неотложные следственные действия и затем передавал дело следователю. Следует иметь в виду, что производство неотложных следственных действий органом дознания по делу, подследственному следователю, теперь не называется термином «дознание», хотя именно оно с исторической точки зрения

является его классическим образцом. В этом, традиционном, смысле дознание понималось (а в ряде зарубежных процессуальных систем понимается и до сих пор) как этап *общего расследования*, который предшествует («до-знание») как бы основному «познанию» — предварительному следствию (дознание во Франции, по Уставам уголовного судопроизводства 1864 г. и т.п.). Дознанием в российском уголовном процессе ныне называется лишь самостоятельная (упрощенная и ускоренная) форма предварительного расследования, предусмотренная гл. 32 УПК РФ. Таким образом, в отечественном судопроизводстве дознание постепенно превратилось из начального этапа расследования в его упрощенную форму. Деятельность органов дознания по производству неотложных следственных действий является теперь факультативной частью, начальным этапом *предварительного следствия*, который в значительной мере совпадает по своему содержанию с этапом общего расследования. Эту деятельность можно считать не самостоятельной, а подчиненной по отношению к предварительному следствию формой расследования.

Производство неотложных следственных действий представляет собой факультативный начальный этап расследования, на котором орган дознания в неотложной ситуации вместо следователя возбуждает уголовное дело и выполняет процессуальную и оперативно-розыскную деятельность в целях быстрее обнаружения и закрепления следов преступления, а также установления лиц, совершивших преступление (п. 2 ч. 2 ст. 40, ст. 157). Факультативной эта деятельность является потому, что она имеет место не по каждому уголовному делу, по которому обязательно проведение предварительного следствия, а только в тех неотложных ситуациях, когда следователь в силу тех или иных причин не может немедленно приступить к исполнению своих обязанностей (например, выехал для проведения следственных действий по другому делу).

Под *неотложной следственной ситуацией* принято понимать обнаружение таких обстоятельств, которые явно указывают на наличие признаков преступления и дают основания полагать, что промедление с совершением необходимых процессуальных действий может повлечь за собой: а) утрату следов преступления и возможности закрепления доказательств, б) сокрытие лиц, совершивших преступление, в) утрату возможности возмещения ущерба, причиненного преступлением.

Содержание данного начального этапа расследования составляют:

1. *Действия по возбуждению уголовного дела.*

2. *Неотложные следственные действия*, т.е. урегулированные процессуальным законом действия, предназначенные для незамедлительного обнаружения, закрепления, изъятия и исследования доказательств (п. 19 ст. 5). Действующий УПК допускает выбор органом дознания любых следственных действий — в зависимости от ситуации расследования (осмотр места происшествия, допрос потерпевшего, свидетеля, подозреваемого, обыск, выемка, освидетельствование, предъявление для опознания, назначение судебной экспертизы и др.).

В то же время орган дознания не вправе производить те следственные и иные процессуальные действия, которые относятся к последующим этапам расследования (суммарному и специальному): вынесение постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, предъявление обвинения, допрос обвиняемого; возбуждение ходатайства о наложении денежного взыскания; составление обвинительного заключе-

ния, ознакомление с материалами дела, окончанным производством; прекращение уголовного дела, приостановление уголовного дела и др.

3. *Процессуальные действия* по собиранию и проверке доказательств, не относящиеся к категории следственных: истребование и принятие представленных предметов и документов, справок, актов ревизий, инвентаризаций и др.

4. *Неотложные меры процессуального принуждения*: задержание подозреваемого (ст. 91, 92), мера пресечения (ст. 100), наложение ареста на имущество (ст. 115), обязательство о явке (ст. 112), привод (ст. 113).

5. *Действия непроцессуального характера* (административные и оперативно-розыскные), например: доставление задержанного, охрана места происшествия, опрос граждан, наблюдение, проверочная закупка, оперативный эксперимент.

Орган дознания проводит процессуальные действия в пределах своей юридической компетенции, т.е. по установленному законом кругу преступлений (ч. 2 ст. 157), который определяется правилами подследственности уголовных дел (см. об этом в следующем параграфе). При этом следует иметь в виду, что в неотложной ситуации на начальном этапе расследования подследственность устанавливается лишь предварительно, с известной долей вероятности. Окончательно подследственность дела определит прокурор или руководитель следственного органа после завершения начального этапа расследования.

В части 2 ст. 41 установлен запрет на возложение полномочий по проведению дознания на то лицо, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия. Однако он касается лишь тех сотрудников органа дознания (дознавателей), на которых возложены обязанности по производству всего предварительного расследования в порядке, установленном гл. 32 УПК (дознания), и не распространяется на сотрудников органов дознания (иных должностных лиц) при проведении неотложных следственных действий по делам, по которым предварительное следствие обязательно.

Деятельность органа дознания по выполнению неотложных следственных действий должна быть завершена не позднее 10 суток с момента возбуждения дела путем передачи его руководителю следственного органа или прокурору. Если неотложные следственные действия будут выполнены за меньшее время или прокурор передаст дело следователю (п. 8, 9 ч. 2 ст. 37), то данная деятельность органа дознания заканчивается и до истечения 10-суточного срока. Этот срок не подлежит продлению.

После направления дела руководителю следственного органа орган дознания вправе производить по нему следственные и оперативно-розыскные мероприятия только по письменному поручению следователя. Впрочем, на органе дознания продолжает лежать обязанность установить лицо, совершившее преступление, о результатах выполнения которой он уведомляет следователя (ч. 4 ст. 157). При этом оперативные подразделения органов дознания обладают самостоятельностью в выборе конкретных оперативно-розыскных мероприятий согласно оперативно-розыскному законодательству.

§ 2. ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ОБЩИХ УСЛОВИЙ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Общие условия предварительного расследования — это такие уголовно-процессуальные нормы, которые действуют на протяжении всей стадии предварительного расследования, определяя ее содержание. Как было сказано в предыдущем

параграфе, предварительное расследование в российском уголовном процессе существенно отличается от судебного разбирательства. Если в последнем господствуют правила состязательности, то здесь еще довольно сильны розыскные элементы. Эта специфика предварительного расследования отражается на его общих условиях.

Виды общих условий предварительного расследования в юридической литературе иногда подразделяют согласно порядку, в котором они изложены в статьях УПК (гл. 21 УПК называется «Общие условия предварительного расследования» и содержит 13 статей — 13 видов общих условий)¹. Однако такой подход не учитывает, что многие иные процессуальные нормы также определяют содержание всей стадии расследования и, следовательно, подпадают под понятие ее общих условий (например, участие понятых, процессуальная самостоятельность следователя). В настоящее время юридическая наука еще полностью не достигла определенности в вопросах о том, какие именно положения являются общими условиями расследования и по какому критерию их следует классифицировать. С учетом сложившихся традиций условно можно выделить три крупные группы общих условий предварительного расследования, связанные: 1) с выбором надлежащего субъекта расследования и его процессуальным положением; 2) обеспечением всесторонности, полноты, объективности и быстроты расследования; 3) обеспечением прав и законных интересов участников расследования.

§ 3. ОБЩИЕ УСЛОВИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ, СВЯЗАННЫЕ С ВЫБОРОМ НАДЛЕЖАЩЕГО СУБЪЕКТА РАССЛЕДОВАНИЯ И ЕГО ПРОЦЕССУАЛЬНЫМ ПОЛОЖЕНИЕМ

Вопрос об органах расследования и их компетенции относится к Общей части курса уголовного процесса (см. § 5—8 гл. 5 учебника). В качестве же общих условий расследования здесь выступают: а) правила выбора надлежащего органа в зависимости от признаков уголовного дела, или подследственность уголовных дел; б) принятие органом расследования дела к своему производству; в) взаимодействие органов расследования между собой.

1. Подследственность уголовных дел, ее признаки. Передача дел по подследственности

Подследственность — это совокупность признаков уголовного дела, которые позволяют установить определенный орган, уполномоченный его расследовать. К органам расследования УПК относит следователя и дознавателя (п. 7, 41 ст. 5, ст. 38, 41). Однако правом проводить расследование наделены также руководитель следственного органа (п. 1 ч. 1 ст. 39) и начальник подразделения дознания (ч. 2

¹ См., например: Соловьев АБ., Токарева М.Е., Власова Н.А. Общие условия предварительного расследования. М., 2006. С. 5; Уголовный процесс : учебник / под ред. проф. В.П. Божьева. 3-е изд. М. : Спарк, 2003. С. 301—330; Уголовно-процессуальное право РФ : учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М. : Юрист, 2003. С. 376—385.

ст 40¹). Кроме того, органы дознания уполномочены осуществлять начальный этап расследования — неотложные следственные действия (ч. 3 ст. 40, ст. 157).

Понятие подследственности связано с понятиями компетенции, подсудности и юрисдикции. Подследственность характеризует отношение между органом расследования и уголовным делом с точки зрения признаков дела (объекта). Этим она отличается от понятия компетенции, относящегося к признакам соответствующего органа (субъекта). Термин «юрисдикция» используется в УПК применительно к суду и к государству. Виды признаков подследственности сходны с видами подсудности (ст. 31—32) и теоретически могут быть объединены под общим понятием подведомственности¹.

Правила подследственности непосредственно устанавливают надлежащие форму расследования и его субъекта, однако опосредованно это же должно обеспечивать быстроту и качество подготовки дела к судебному разбирательству. Правила подследственности связаны и с соблюдением прав потерпевшего и обвиняемого, так они позволяют им правильно адресовать свои ходатайства и жалобы. Но главное, что в подобных случаях обеспечивается право обвиняемого, которое можно назвать правом на естественного (законного) следователя, подобное его праву на естественный (законный) суд. Как и при отказе в праве на естественный суд, произвольное нарушение правил подследственности порождает сомнения в беспристрастности органа расследования, который, возможно, назначен *ad hoc* (лат. — специально для данного случая), но пристрастность публичного обвинителя несовместима в состязательном процессе с принципом равенства сторон. Поэтому несоблюдение правил подследственности признается существенным нарушением уголовно-процессуального закона (ст. 381) и влечет признание полученных доказательств недопустимыми (ч. 3 ст. 7). Правила подследственности используются также для распределения дел внутри следственных подразделений и подразделений дознания.

Уголовно-процессуальное законодательство предусматривает два вида подследственности: *предметную (родовую)* — ст. 151 и *территориальную (местную)* — ст. 152. Остальные признаки подследственности являются исключениями (или дополнениями) для предметного признака. Исключения применяются в силу: а) особенностей статуса подозреваемого, обвиняемого или потерпевшего (*персональная, или личная подследственность*), б) связи с другим уголовным делом (*альтернативная подследственность*), в) исключительной компетенции того или иного органа уголовного преследования (*универсальная подследственность*)².

Предметная (родовая) подследственность определяется категорией (родом, видом) преступления и разграничивает компетенцию органов расследования различных ведомств или их уровней в пределах одного и того же ведомства. Она зависит от степени и характера общественной опасности преступления, а также от особенностей его объекта (сферы общественных отношений, нарушаемых преступлением данного вида). Предметный признак подследственности выражается в квалификации преступления по статьям Особенной части УК. По тяжким и особо тяжким преступлениям

¹ См.: Осипов Ю.К. К вопросу о понятии подведомственности // Сборник научных трудов Свердловского юрид. ин-та. Вып. 10. Свердловск, 1969. С. 71—98.

² Универсальная подследственность — это такое исключение из предметной подследственности, когда родовый признак (квалификация преступления) вообще не имеет значения. Универсальная подследственность возникает, когда прокурор передает любое уголовное дело следователю Следственного комитета при прокуратуре РФ (п. 11 и 12 ч. 2 ст. 37 УПК).

производится предварительное следствие, а по преступлениям небольшой или средней тяжести может быть проведено дознание (ч. 2, 3 ст. 150 УПК).

Большинство преступлений расследуется следователями и дознавателями органов внутренних дел (см. п. 3 ч. 2 ст. 151). К предметной подследственности следователей следственного комитета при прокуратуре, как правило, относятся уголовные дела о преступлениях с особенно высокой степенью общественной опасности (убийство, похищение человека, изнасилование, терроризм и др. — см. подп. «а» п. 1 ч. 2 ст. 151). Следователи Федеральной службы безопасности производят предварительное следствие по большинству преступлений против основ конституционного строя и безопасности государства и по некоторым другим преступлениям (см. п. 2 ч. 2 ст. 151). С учетом соответствующей сферы деятельности определяется предметная подследственность и следователей (дознавателей) органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, дознавателей органов пограничной службы, службы судебных приставов, таможенных органов, органов государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы (п. 5 ч. 2, ч. 3 ст. 151).

Территориальная (местная) подследственность призвана разграничить компетенцию органов расследования одного уровня и ведомства в зависимости от места совершения предполагаемого преступления (ст. 152). Это место определяется территорией, на которой совершено последнее деяние, охватываемое объективной стороной состава преступления, вне зависимости от места наступления преступных последствий. Например, преступник в границах участка «А», расположенного на территории, закрепленной за одним органом расследования, произвел выстрел в пострадавшего, который находился на участке «Б», включаемом в территорию другого такого же органа. Несмотря на место нахождения трупа пострадавшего на участке «Б», предварительное следствие должно производиться органом расследования, на территории которого находится участок «А». Распределение территории между одноименными органами расследования устанавливается ведомственными нормативными актами с учетом административно-территориального деления. В то же время в начале расследования территориальная подследственность устанавливается вероятно, приблизительно. Оно начинается в том районе, в котором возбуждено уголовное дело (или в который дело направлено прокурором). Если в дальнейшем будет установлено иное место окончания деяния, то дело может быть передано по подследственности.

Однако далеко не во всех случаях следы преступления, свидетели и сам обвиняемый находятся в том районе, где совершено преступление. Поэтому в целях обеспечения полноты, объективности и быстроты расследования предусмотрены исключения из общего правила территориальной подследственности. Для этого руководитель следственного органа или прокурор вправе передать дело в другой территориальный орган расследования по месту совершения наиболее тяжкого из преступлений, по месту нахождения обвиняемого или большинства свидетелей (ч. 3, 4 ст. 152).

Персональная (личная) подследственность уголовного дела устанавливает изъятия из правил предметной подследственности в зависимости от признаков обвиняемого или потерпевшего. Установлены два таких изъятия:

1. Из предметной подследственности дознания в пользу другой формы расследования — предварительного следствия. Так, например, по делам невменяемых или лиц, у которых после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение или исполнение наказания, вне зависимости от ква-

лификации деяния обязательно производство предварительного следствия, даже если по предметному признаку по делу должно было бы производиться дознание (ч. 1 ст. 434).

2. Из предметной подследственности любых других органов расследования в пользу следователей *следственного комитета при прокуратуре* по делам о преступлениях, совершенных лицами, обладающими служебным иммунитетом (ст. 447), должностными лицами правоохранительных органов, военнослужащими, а также лицами гражданского персонала воинских формирований или правоохранительных органов в связи с исполнением ими служебных обязанностей или совершенных в расположении соответствующего учреждения, а также о преступлениях, совершенных в отношении указанных лиц в связи с их служебной деятельностью (подп. «б» и «в» п. 1 ч. 2 ст. 151). Следователи следственного комитета при прокуратуре (военной) проводят дознание «вместо» командиров воинских частей соединений, начальников военных учреждений или гарнизонов. Последние как орган дознания указаны в законе (п. 3 ч. 1 ст. 40), однако наделены правом производства только неотложных следственных действий (п. 4 ч. 2 ст. 157). Персональная подследственность следственного комитета при прокуратуре как исключение из подследственности предметной не применяется лишь по четырем составам преступлений: государственная измена (ст. 275 УК), шпионаж (ст. 276 УК), разглашение государственной тайны (ст. 283 УК), утрата документов, содержащих государственную тайну (ст. 284 УК). Предварительное следствие по данным преступлениям проводят (по предметному признаку) следователи ФСБ, даже если обвиняемый является должностным лицом правоохранительного органа, военнослужащим и т.д. (ч. 4 ст. 151).

Альтернативная подследственность, или подследственность по связи дел допускает изъятия из предметной подследственности дела в пользу того органа предварительного следствия, который выявил соответствующее преступление и возбудил уголовное дело (ч. 5, 6 ст. 151). Это относится, например, к таким преступлениям, как квалифицированное мошенничество (ч. 2, 3 ст. 159 УК), незаконное ношение оружия (ч. 2, 3 ст. 222 УК), отказ от дачи показаний (ст. 308 УК), разглашение данных предварительного расследования (ст. 310 УК), злоупотребление служебными полномочиями (ст. 285 УК), дача взятки (ст. 291 УК) и др.

При конкуренции различных признаков подследственности решение о ее выборе принимает прокурор (ч. 8 ст. 151 УПК). При этом он руководствуется следующими общими правилами:

- при соединении различных дел приоритет имеет тот орган, к чьей предметной подследственности относится *более тяжкое преступление*;
- поэтому орган предварительного следствия, как правило, имеет преимущество перед дознавателем;
- при конкуренции предметной и персональной подследственности приоритетом пользуется персональная, кроме случаев, прямо предусмотренных ч. 4 ст. 151 УПК;
- при конкуренции признаков альтернативной подследственности и персональной последняя имеет большую силу.

Передача уголовного дела по подследственности регулируется ч. 3 ст. 146, п. 3 ст. 149; ч. 5 ст. 152; ст. 155. Уголовное дело передается по подследственности следователем через руководителя следственного органа (который затем вправе направить

его прокурору), а дознавателем или органом дознания — через прокурора. Споры о подследственности разрешает прокурор (ч. 8 ст. 151). Орган расследования, установив, что уголовное дело ему неподследственно, производит неотложные следственные действия, после чего передает дело руководителю следственного органа или прокурору для определения подследственности, о чем выносятся мотивированное постановление (приложение 17 к ст. 476 УПК). Прокурор вправе передать любое уголовное дело от органа дознания органу следствия (без соблюдения «дознавательской» подследственности); он также может передать дело от любого органа предварительного расследования федерального органа исполнительной власти (при федеральном органе исполнительной власти) следователю следственного комитета при прокуратуре (п. 12 ч. 2 ст. 37). При этом распределение дел между следователями относится к исключительной компетенции руководителя соответствующего следственного органа (п. 1 ч. 1 ст. 39). Передавая дело от одного органа расследования другому, прокурор и руководитель следственного органа обязаны соблюдать правила предметной и персональной подследственности, кроме случаев передачи дела следователю прокуратуры (универсальная подследственность).

2. Принятие уголовного дела к производству

С помощью правил подследственности определяется надлежащий орган расследования, однако его полномочия по делу должны быть правильно оформлены (ст. 156 УПК). Факт принятия дела к своему производству отражается либо в постановлении о возбуждении дела (когда его вынес тот, кто и продолжает расследование), либо об этом выносятся отдельные постановления (когда поручается расследование уже возбужденного другим органом дела — приложение 15 к ст. 476). Расследование дела лицом, не принявшим его к своему производству, является существенным нарушением уголовно-процессуального закона и влечет ничтожность полученных результатов расследования (ч. 3 ст. 7).

По смыслу процессуального закона должен приниматься акт, указывающий на прекращение полномочий конкретного следователя или дознавателя на производство по данному делу. Таким актом следует считать постановление о направлении дела руководителю следственного органа и прокурору для передачи по подследственности, передача дела другому следователю или дознавателю (которая должна быть оформлена письменно) или постановление о принятии дела к производству другим следователем или дознавателем. Иначе в одном деле могут оказаться несколько лиц, уполномоченных вести расследование, которые не образуют следственной группы.

3. Взаимодействие органов расследования. Отдельное поручение следователя. Следственная группа

Взаимодействие органов расследования означает их согласованную деятельность для выполнения задач стадии предварительного расследования. Организация их взаимодействия оказывает существенное влияние на данную стадию и потому является ее общим условием. Взаимодействие органов расследования, во-первых, предопределено их процессуальным положением, во-вторых, имеет различные уровни и формы.

Процессуальное положение органов расследования во многом является фундаментом процессуальной формы расследования и исходной предпосылкой их взаимодействия. Так, «хозяевами процесса» на данной стадии являются руководитель следственного органа и прокурор. Именно он осуществляет надзор над деятельностью органов дознания и следствия и с процессуальной точки зрения руководит ими (ч. 1 ст. 37 УПК). В то же время следователь обладает процессуальной самостоятельностью. Он сам направляет ход расследования, принимает процессуальные решения и в некоторых случаях даже вправе приостановить исполнение указаний прокурора при несогласии с ним (ст. 38). Следователю принадлежит руководящая роль в его взаимодействии с органами дознания. Он вправе давать им обязательные для исполнения поручения и требовать от них содействия.

Взаимодействие органов расследования происходит в процессуальных и организационных формах, в зависимости от закрепления их в УПК или ведомственных нормативных актах. По степени согласованности действий взаимодействие осуществляется на трех уровнях: а) обмен информацией, б) совместное планирование и в) совместные действия. Каждый последующий уровень включает в себя элементы предыдущего. Так, совместное планирование имеет своей составной частью и непременным условием обмен информацией между участниками, а совместные действия невозможны без предварительно согласованного совместного плана. В то же время взаимодействие может состояться на любом из указанных уровней.

На уровне обмена информацией взаимодействие может осуществляться в следующих формах:

- передача уголовных дел;
- представление результатов оперативно-розыскной деятельности;
- направление требований, представлений, поручений, запросов и т.п.

Основной процессуальной формой взаимодействия здесь является *поручение следователя* (или *отдельное поручение*), под которым понимается письменное обращение к другому органу расследования с предписанием о производстве процессуальных или розыскных действий в связи с расследуемым уголовным делом.

Процессуальный закон предусматривает два вида поручений следователя: а) поручение органу дознания по месту производства предварительного следствия (п. 4 ч. 2 ст. 38) и б) поручение органу дознания или другому следователю вне места производства предварительного следствия (ч. 1 ст. 152). Поручение процессуальных действий является определенным изъятием из принципа непосредственности исследования доказательств, поэтому его пределы должны быть ограничены. Дача следователем поручений допускается при условии, что не происходит неоправданное переложение им своих функций на другого следователя, могущее существенно затруднить работу последнего, либо возложение на орган дознания не свойственных для него полномочий. В частности, следователь обязан лично выполнить следственные действия, в том числе выехать для этого в другую местность, когда необходимо произвести большой объем следственных действий либо процессуальные действия связаны с оценкой доказательств в их совокупности, с принятием решений, определяющих направление расследования. Так, нельзя поручать действия: по принятию процессуальных решений (избрание меры пресечения, назначение экспертизы, признание потерпевшим и др.); по проведению значимых для формирования позиции сторон действий (допрос

обвиняемого, предъявление обвинения); связанных с передачей всего уголовного дела прокурору (ознакомление с материалами окончченного расследования).

Содержание поручения следователя составляют предписания о проведении процессуальных или розыскных действий (см. приложение 45 к ст. 476 УПК). Принимая решение о поручении производства процессуальных действий, следователь должен учитывать, что, во-первых, в отношении исполнителя не должно существовать оснований для отвода (ст. 61, 67); во-вторых, при производстве порученного процессуального действия должны быть обеспечены права участников процесса. Так, если следственное действие производится по ходатайству потерпевшего (п. 9 ч. 2 ст. 42), гражданского истца (п. 10 ч. 4 ст. 44), подозреваемого (п. 9 ч. 4 ст. 46), обвиняемого (п. 10 ч. 4 ст. 47), защитника (п. 5 ч. 1 ст. 53), то они имеют право в нем участвовать. Если следственное действие производится с участием подозреваемого (например, допрос подозреваемого), то исполнитель поручения обязан уведомить его защитника о времени и месте производства следственного действия. Нарушение права на помощь защитника является существенным нарушением закона и влечет недопустимость полученных доказательств.

Следователь вправе поручить производство следующих процессуальных действий: а) по собиранию доказательств; б) по ознакомлению лиц с постановлениями о признании их участниками уголовного процесса и разъяснений им прав и обязанностей; в) по исполнению мер процессуального принуждения (задержания, наложения ареста на имущество, отобрания обязательства о явке, привода); г) по обеспечению мер выявления и устранения обстоятельств, способствовавших совершению преступления (ч. 2 ст. 158), — это могут быть требования о проведении органом дознания специальных обследований по месту жительства, учебы или работы обвиняемого, поручения по осуществлению контроля за исполнением представлений следователя¹, например поручения органу государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы об осуществлении регулярного наблюдения за устранением указанных в представлении недостатков, о проведении контрольных обследований объекта.

Поручения о производстве розыскных или оперативно-розыскных действий могут преследовать цель установления личности преступника или места его нахождения, установления подлежащего аресту имущества или источников доказательств (п. 38 ст. 5, п. 4 ч. 2 ст. 38). Розыскные меры могут осуществляться по поручению следователя путем процессуальных действий или оперативно-розыскных мероприятий.

Следователь не должен поручать производство таких гласных розыскных действий, которые он может выполнить лично, например получение сведений из криминалистических учетов.

Поручение следователя должно быть мотивированным, учитывая общие требования к процессуальным решениям (ч. 4 ст. 7). К поручению могут прилагаться необходимые материалы, обеспечивающие: а) обоснованность и законность исполнения поручения (постановление о задержании, постановление о приводе, постановление о наложении ареста на имущество), б) тактику выполнения поручения (копии процессуальных документов, планы следственных действий, справки о личности допрашиваемых).

¹ Такая обязанность возлагается и на участкового уполномоченного милиции (см. п. 9.3 Инструкции по организации деятельности участкового уполномоченного милиции. Утверждена приказом МВД РФ от 16.09.2002 № 900 // Российская газета. 27.11.2002 г.).

Срок выполнения поручения, направленного в другой орган, составляет 10 суток (ч. 1 ст. 152). Это срок может быть изменен или продлен самим поручителем. Исполнение поручения о производстве процессуальных действий должно быть совершено в пределах установленного срока предварительного расследования (ч. 3 ст. 209). Розыскные действия (если они не сопряжены с процессуальным принуждением) могут быть выполнены и по приостановленному делу (ст. 210). За неисполнение или несвоевременное исполнение поручения исполнитель может быть подвергнут дисциплинарной ответственности.

Совместное планирование как следующий уровень взаимодействия органов расследования имеет самостоятельное значение при проведении координационных совещаний, составлении согласованных планов расследования уголовных дел и оперативно-розыскных мероприятий, планов оперативно-тактических комбинаций в рамках проведения одного или нескольких следственных действий.

Дальнейшим уровнем взаимодействия различных органов расследования являются их *совместные действия*. Здесь используются в основном три процессуальные формы взаимодействия: а) получение содействия органа дознания при осуществлении следственных действий (п. 4 ч. 2 ст. 38); б) привлечение к участию в следственном действии должностного лица органа дознания (ч. 7 ст. 164); в) следственная группа или следственно-оперативная группа (ст. 163). *Содействие* может быть выражено в деятельности обширного круга работников дознания по обеспечению: подготовки организационных условий (таких, как оцепление, конвоирование), применения принуждения, безопасности участников следственного действия (например, содействие оказывается в виде прочесывания местности для последующего осмотра обнаруженных следов). К *участию в следственном действии* обычно привлекаются оперативные сотрудники, например, для выполнения поисковых действий во время обыска. При этом если содействующего сотрудника не обязательно указывать в протоколе следственного действия, то каждого участвующего — обязательно (п. 3 ч. 3 ст. 166).

Производство предварительного следствия следственной группой детально регламентировано УПК (ст. 163). Основанием для создания следственной группы (СГ) является сложность или большой объем расследования (значительное количество эпизодов, участников совершения преступления, количество пострадавших, обширная территория преступной деятельности, необходимость проверки значительного количества версий, производства трудоемких следственных действий и др.). Решение о создании СГ и изменении ее состава принимает руководитель следственного органа, о чем выносится либо отдельное постановление (приложение 19 к ст. 476 УПК), либо указывается в постановлении о возбуждении дела (приложение 18). В этих постановлениях должны быть указаны фамилии всех участников СГ и руководителя СГ.

К работе СГ могут быть привлечены должностные лица органов дознания, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность (ч. 2 ст. 163). В действительности это означает создание уже не просто следственной, а *следственно-оперативной группы* (ранее широко известной на практике и предусмотренной ведомственными нормативными актами¹).

¹ См., например, п. 14.2—14.3 Инструкции по организации деятельности участкового уполномоченного милиции. Утверждена приказом МВД РФ от 16.09.2002 № 900 // Российская газета. 27.11.2002 г.

Практике известны несколько видов следственных и следственно-оперативных групп, подразделяемых по разным критериям:

— по целям — «дежурная» СГ для осмотра места происшествия, раскрытия преступления «по горячим следам»; следственные бригады или межрегиональные СГ для расследования сложных и трудоемких дел, а также преступлений прошлых лет;

— по составу — СГ, включающая в себя следователей одного или различных ведомств, оперативных работников одного или различных органов дознания;

— по времени действия — постоянно действующая (обычно специализированная на расследовании определенных категорий преступлений) либо временная СГ.

Состав следственной группы объявляется подозреваемому и обвиняемому, им разъясняется право заявить отвод любому участнику СГ. По ходатайству сторон (потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей) им также объявляется состав СГ для обеспечения права заявить отвод (ч. 2 ст. 62 УПК). Указанным лицам должны объявляться и изменения в составе СГ. Об этих объявлениях целесообразно составлять протокол или делать отметки на постановлении.

Руководитель СГ принимает дело к своему производству, организует ее работу, направляет деятельность следователей и принимает важнейшие решения по делу: о направлении дела в суд, о выделении, прекращении, приостановлении или возобновлении дела, о привлечении лица в качестве обвиняемого, об объеме предъявляемого ему обвинения, о направлении содержащегося под стражей обвиняемого в медицинский или психиатрический стационар, о возбуждении перед руководителем следственного органа ходатайства о продлении срока следствия и перед судом — о получении разрешений на применение соответствующих мер принуждения. Эти полномочия никто из участников СГ, кроме ее руководителя, осуществлять не вправе. Представляется, что руководитель СГ должен принимать решения и об избрании мер пресечения (п. 4 ч. 3 ст. 38). Руководитель СГ — это начальник как бы «маленького следственного органа», поэтому правомерно использование по аналогии положений ст. 39 УПК (в части дачи им указаний участнику СГ).

§ 4. ОБЩИЕ УСЛОВИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ, СВЯЗАННЫЕ С ЕГО ВСЕСТОРОННОСТЬЮ, ОБЪЕКТИВНОСТЬЮ, ПОЛНОТОЙ И БЫСТРОТОЙ

Действующий УПК не называет установление объективной истины в числе принципов уголовного процесса. Однако, по крайней мере, для предварительного расследования это начало остается, на наш взгляд, одним из важнейших. В рамках этого принципа УПК предъявляет к предварительному расследованию следующие требования (ч. 4 ст. 152, ч. 2 ст. 154): *всесторонности* (исследования дела со всех сторон, с позиций версий как обвинения, так и защиты), *объективности* (непредвзятости действий и решений, точного отражения в них действительности), *полноты* (достаточности собранных доказательств и установленных фактов) и *быстроты*.

Эти требования, в свою очередь, обеспечиваются такими общими условиями предварительного расследования, как соединение и выделение уголовных дел, незамедлительное начало и установление сроков предварительного расследования, а также форм его окончания, недопустимость разглашения данных предварительного расследования (тайна предварительного расследования), общие правила производства следствен-

ных действий, восстановление утраченных уголовных дел, установление обстоятельств, способствовавших совершению преступления.

1. Соединение уголовных дел

Соединение уголовных дел предстает в виде права органа расследования объединить в одном производстве несколько отдельных уголовных дел для обеспечения всесторонности, объективности и полноты расследования (ст. 153 УПК).

Основаниями для соединения дел являются участие или прикосновенность различных лиц к одним и тем же преступным деяниям или связь различных преступных деяний с одними и теми же лицами:

- совершение преступлений в соучастии, т.е. умышленное совместное участие двух или более лиц в совершении умышленного преступления (ст. 32 УК РФ);
- совершение одним лицом нескольких преступлений (реальная или идеальная совокупность преступлений — ст. 17 УК РФ);
- обвинение лица в заранее не обещанном укрывательстве особо тяжких преступлений (ст. 316 УК РФ), которые расследуются по соединяемому делу.

По общему правилу для соединения дел необходима доказанность участия определенных лиц в совершении преступлений. Поэтому дела соединяются в отношении обвиняемых (после вынесения постановления о привлечении в качестве обвиняемого). Однако в качестве исключения закон не запрещает соединять дела и в отношении подозреваемых и даже в отношении еще не установленных лиц. В последнем случае основание для соединения дел возникает, если есть определенные доказательства того, что преступления совершены одним и тем же (пока еще не установленным) лицом или той же группой лиц (ч. 2 ст. 2 ст. 153 УПК). Это могут быть доказательства специфического способа совершения преступления, устанавливающие предмет преступления (например, принадлежность к одной партии поддельных денег). Не допускается соединение дел по иным основаниям, таким, как общность преступных результатов неосторожных деяний лиц, не являющихся соучастниками; небрежное хранения оружия и преступное использование его другим лицом и т.д.

Условием соединения дел является наличие возбужденных и расследуемых дел, поскольку в одном производстве могут быть соединены только уголовные дела, но не какие-либо другие материалы. Из этого условия вытекают, на наш взгляд, следующие правила:

- не могут быть соединены дела, приостановленные и прекращенные, без, соответственно, возобновления дела или отмены постановления о прекращении дела;
- если в ходе расследования обнаружено новое преступление (факт, по которому первоначально дело не возбуждалось), то необходимо сначала в порядке ст. 146 принять решение о возбуждении нового дела, а затем соединять оба дела в одном производстве;
- если первоначальное дело было возбуждено против *определенного* лица, а в процессе расследования установлены соучастники, то необходимо сначала возбудить уголовное дело (дела) в отношении новых лиц или при производстве дознания уведомить их о подозрении в совершении преступления (ст. 223¹), а затем соединить эти дела в одном производстве.

Соединение дел допускается на основании постановления руководителя следственного органа. Следователь вправе обратиться к руководителю следственного орга-

на с ходатайством об этом. При соединении уголовных дел при производстве дознания постановление об этом, по смыслу уголовно-процессуального закона (ч. 7 ст. 151 УПК), должен выносить прокурор.

При соединении уголовных дел возникает проблема исчисления срока предварительного следствия. Согласно УПК (ч. 4 ст. 153) срок расследования после соединения определяется сроком расследования по тому делу, у которого он наибольший. При этом срок расследования остальных дел поглощается и не учитывается.

Эти правила, однако, не должны использоваться для манипуляций со сроками следствия в нарушение требования его быстроты. Иллюстрацией подобных незаконных действий может служить, например, такая ситуация: согласно полученным сообщениям стало известно, что некое лицо совершило три кражи, однако следователь, вопреки закону, не возбуждает дело по всем трем эпизодам краж; вместо этого он сначала возбуждает дело по факту первой кражи и по истечении двух месяцев, отведенных по закону для проведения следствия, под каким-либо надуманным предлогом приостанавливает его. В тот же день возбуждается дело по факту второй кражи, расследование по которому также приостанавливается. Затем возбуждается третье дело и перед истечением по нему срока следствия все три дела (расследование по первым двум делам в этом случае возобновлено) соединяются в одно производство, срок по которому исчисляется в 2 месяца (этот срок является наибольшим), в то время как фактически на производство расследования уже затрачено 6 месяцев. Руководитель следственного органа и прокурор должны незамедлительно реагировать на такого рода нарушения, отменяя незаконные решения и обеспечивая быстроту следствия.

2. Выделение уголовного дела. Выделение в отдельное производство материалов дела

Выделение уголовного дела означает изъятие из основного производства части его материалов в качестве самостоятельного уголовного дела (ст. 154 УПК). Выделение прямо противоположно соединению дел. Выделение дел обеспечивает: а) объективность расследования путем создания специального режима производства (индивидуализации) для отдельных категорий лиц; б) быстроту расследования и его «процессуальную экономию», т.е. возможность продолжать или завершить досудебное производство, несмотря на возникшие препятствия.

По общему правилу выделение уголовного дела допускается в отношении обвиняемых. Как исключение предусматривается выделение дела в отношении подозреваемых (например, при производстве дознания, где нет обвиняемого, но может иметься подозреваемый).

Основания для выделения уголовных дел можно разделить на две группы: а) в отношении определенных лиц; б) в отношении преступлений (фактов).

Основаниями для выделения дела в отношении *определенных лиц* являются:

— наличие определенных оснований для приостановления уголовного дела в отношении некоторых из установленных соучастников (п. 2—4 ч. 1, ч. 3 ст. 208);

— несовершеннолетний возраст обвиняемого, привлеченного к уголовной ответственности за совершение преступления в соучастии со взрослым (ст. 422);

— отсутствие связи деяний иных лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений, не связанных с деяниями, которые вменяются в вину по расследуемому уголовному делу, если об этом стало известно в ходе предварительного рас-

следования. Например, по делу, возбужденному по факту поджога, установлено, что подозреваемые в поджоге либо иные лица ранее совершали разбойные нападения;

— отказ некоторых обвиняемых от рассмотрения их дела судом с участием присяжных заседателей при ходатайстве о рассмотрении дела с участием присяжных других обвиняемых, если это не наносит вред всесторонности и объективности рассмотрения дела (п. 1 ч. 5 ст. 217);

— невменяемость кого-либо из соучастников или наступление у него психического расстройства после совершения преступления (ст. 436);

— возражения обвиняемых, не являющихся военнослужащими или гражданами, проходившими военные сборы, против рассмотрения их дела военным судом (когда в отношении других обвиняемых по данному делу оно подсудно военному суду — ч. 7 ст. 31 УПК)¹.

Основанием выделения уголовного дела в отношении *преступлений (фактов)* служит, во-первых, необходимость завершения расследования по части эпизодов преступной деятельности или в отношении отдельных обвиняемых. Здесь имеются в виду такие ситуации, когда некоторые эпизоды уже полностью расследованы, а другие еще нет. Чтобы избежать затягивания сроков дознания, следствия и содержания под стражей, дело в «готовой» его части может быть выделено для направления в суд. Этот институт реализует международно-правовой принцип на доступ к правосудию без неоправданной задержки (п. «с» ч. 3 ст. 14 Пакта о гражданских и политических правах).

Условием для выделения уголовного дела по этому основанию является обеспечение *всесторонности и объективности расследования* и разрешения дела (ч. 2 ст. 154 УПК), которое должно соблюдаться в силу значения принципа истины в уголовном процессе.

Выделение дела оформляется мотивированным постановлением прокурора, следователя, дознавателя, причем *без согласования с руководителем следственного органа или прокурором*².

Во-вторых, уголовное дело может быть выделено и для расследования *нового преступления*, совершенного теми же лицами, или в отношении *нового лица*. При этом в постановлении может быть принято решение и о возбуждении дела в порядке ст. 146 УПК. Вопрос о необходимости возбуждения дела при его выделении надо решать с учетом того, по какому основанию возбуждалось первоначальное дело. Выделяемое дело надо возбуждать, если оно выделяется в отношении *нового (другого) события*, по которому первоначальное дело не возбуждалось. Например, если дело выделяется по факту изнасилования, но в ходе расследования обвиняемый сознался еще и в поджоге (новое преступление), то при выделении надо возбуждать новое дело. Если же уголовное дело возбуждено по факту обнаружения сгоревшего трупа, то выделение дела по поджогу не требует его особого возбуждения, поскольку речь в данном случае не идет о новом преступлении.

¹ Подобное основание прямо предусмотрено только для судебного производства. Однако учитывая подготовительный для суда характер расследования, целесообразно применять его по аналогии для выделения дела уже в досудебном производстве (при ознакомлении обвиняемых со всеми материалами дела).

² Официальный бланк этого постановления предусматривает получение согласия прокурора (приложение 48 к ст. 476 УПК), но по смыслу закона — лишь в части решения вопроса о возбуждении дела в отношении нового лица.

Кроме того, необходимо возбуждать дело при его выделении в отношении тех лиц, которые не были указаны в постановлении о возбуждении основного дела, начатого в отношении *конкретного лица*. Так, если дело возбуждено в отношении конкретного подозреваемого, то выявление *новых* соучастников, в силу прямого требования закона (ч. 3 ст. 154), требует решения о возбуждении и против них уголовного дела. Напротив, когда уголовное дело возбуждено, например, *по факту* причинения вреда здоровью неизвестными лицами, то установление соучастников преступления не требует возбуждения нового дела в случае принятия решения о его выделении, поскольку в этом случае нельзя говорить о выявлении *новых* лиц¹. При разрешении этих коллизионных вопросов на практике следует учесть, что «избыточное» решение о возбуждении дела не является существенным нарушением закона, в то время как отсутствие необходимого решения о возбуждении дела приведет к недопустимости полученных доказательств и незаконности всех принятых по делу решений. При выделении дела в отношении новых лиц также должно соблюдаться требование всесторонности и объективности расследования. Если это невозможно, то выделение дела не допускается.

Выделяемое дело должно содержать оригиналы процессуальных документов (когда эти документы не столь существенны для основного дела) или заверенные копии документов (когда эти документы необходимы в основном деле). При этом в основном деле остается копия постановления о выделении дела и могут остаться (при их значимости для основного дела) копии выделенных документов. Оригиналы или копии выделенных протоколов (ст. 83), заключений экспертов и специалистов (ст. 80), иных документов (ст. 84) и вещественных доказательств (ст. 81) допускаются в качестве доказательств.

Срок предварительного следствия по уголовному делу, выделенному в отдельное производство, исчисляется со дня вынесения соответствующего постановления, если дело выделяется по новому преступлению или в отношении нового лица. В прочих случаях срок следствия по выделенному делу исчисляется с момента возбуждения основного уголовного дела, из которого оно выделено в отдельное производство (ч. 6 ст. 154). Срок содержания под стражей при этом исчисляется в общем порядке, установленном ст. 109.

Действующий УПК РФ наряду с выделением уголовного дела допускает *выделение в отдельное производство материалов уголовного дела* (ст. 155). Это возможно при одновременном соблюдении двух условий. Во-первых, выделение материалов допускается только в отношении еще не установленных лиц либо лиц, еще не привлеченных в качестве подозреваемых или обвиняемых; иначе необходимо выделять дело в отношении определенных лиц, руководствуясь п. 3 ч. 1 ст. 154. Во-вторых, решение о выделении материалов принимается лишь при очевидном *отсутствии связи* между «основным» преступлением и выделяемым фактом. Если имеется вероятность, что такая связь существует, то расследование продолжается в рамках единого дела.

О выделении материалов выносится мотивированное постановление, которое вместе с материалами направляется следователем — руководителю следственного органа, а дознавателем — прокурору в качестве повода для возбуждения дела. Прокурор организует проведение проверки в порядке ст. 144 и принимает решение о возбуждении или об отказе в возбуждении дела.

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 22.01.2004 № 79-О.

3. Начало, срок и окончание предварительного следствия

Быстрота расследования обеспечивается его своевременным началом, определенным сроком производства и предусмотренными законом формами окончания.

Стадия предварительного расследования начинается с момента вынесения постановления о возбуждении дела, на котором, согласно требованиям ч. 2 ст. 146 УПК, кроме даты, должно быть указано время его вынесения. Однако сам этот момент в законе четко не определен, так как возбуждение дела может быть процессом, растянутым во времени. Так, для совершения большинства процессуальных действий моментом возбуждения дела является не вынесение постановления о возбуждении дела, а получение на это согласия прокурора. Однако в неотложных ситуациях, по смыслу ч. 4 ст. 146 УПК, предварительное расследование начинается уже с момента вынесения постановления о возбуждении дела, еще до его утверждения прокурором. Для фиксации этого обстоятельства на постановлении о возбуждении дела требуется указать не только дату его вынесения, но и конкретное время — с точностью до минут (ч. 2 ст. 146; приложение 13 к ст. 476 УПК).

Срок предварительного расследования является важным его условием. Он обеспечивает: а) контроль за ходом следствия (в том числе со стороны потерпевшего и обвиняемого); б) международно-правовой принцип на доступ к правосудию без неоправданной задержки (п. «с» ч. 3 ст. 14 Пакта о гражданских и политических правах); в) максимальное сокращение времени между наказанием и преступлением как условие эффективности наказания; г) время действия мер процессуального принуждения. Срок предварительного расследования регламентируется отдельно для дознания (ст. 223), для предварительного следствия (ст. 162).

По общему правилу срок предварительного следствия составляет 2 месяца. Однако для обеспечения быстроты расследования дела при наличии возможности следствие должно быть закончено как можно раньше, не дожидаясь истечения этого срока.

Началом течения 2-месячного срока следствия служит день возбуждения дела, при этом текущие сутки не учитываются. Поэтому срок начинает течь с начала следующих суток (ст. 128). Для исчисления срока следствия неважно, какой орган возбудил уголовное дело, поэтому в срок следствия входит время выполнения неотложных следственных действий органом дознания (ст. 157), а также время проведенного дознания (ст. 223) после направлении дела для производства следствия (п. 4 ч. 1 ст. 226).

Окончание срока предварительного следствия происходит в день: а) вынесения постановления о прекращении дела (ст. 213, п. 1 ч. 1 ст. 439) либо б) направления уголовного дела прокурору (с обвинительным заключением — ч. 6 ст. 220 или с постановлением о передаче дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера — п. 2 ч. 1 ст. 439). Сроки дальнейшей деятельности прокурора установлены отдельно (10 суток по обвинительному заключению — ч. 1 ст. 221 и 2 суток по обвинительному акту — ч. 1 ст. 226). В отличие от срока предварительного следствия срок дознания оканчивается в день составления обвинительного акта, а время ознакомления сторон с материалами дела в срок дознания не входит.

Процессуальный закон допускает возможность только одного перерыва в течение срока следствия — время приостановления дела в связи с невозможностью участия в деле подозреваемого или обвиняемого, когда его место нахождения известно (п. 3 ч. 1 ст. 208), или в случае его тяжелого заболевания (п. 4 ч. 1 ст. 208). В срок

предварительного следствия включается все время ознакомления участников процесса с материалами оконченного предварительного следствия (ст. 216, 217), а также время обжалования и рассмотрения жалобы следователя на постановление прокурора о возвращении дела для дополнительного расследования (ч. 4 ст. 221).

Продление исходного 2-месячного срока предварительного следствия может происходить в три этапа (ч. 4—5, 7 ст. 162):

1. До 3 месяцев (еще на 1 месяц) — руководителем следственного органа районного уровня, в том числе его заместителем (п. 38.1 ст. 5). Кодекс не предусматривает оснований для первого продления срока. Однако, учитывая официальное толкование Конституции РФ и международно-правовых актов, данное Конституционным Судом РФ¹, и смысл данной процессуальной нормы, следует признать, что для продления сроков следствия необходимы основания. Ими является такая сложность расследования, которая не позволяет его закончить за 2 месяца. Это должно быть вызвано особенностями дела (большим количеством эпизодов, соучастников и др.), а не личными обстоятельствами следователя, ведущего данное дело (отпуск, болезнь, занятость другими делами).

2. До 12 месяцев — руководителем следственного органа уровня субъекта РФ и их заместителями. Основанием продления является особая сложность расследования, например, связанная с необходимостью производства значительного количества следственных действий, выезда в другую местность, направления запроса о правовой помощи в иностранное государство, помещения обвиняемого в медицинский стационар для проведения экспертизы и др.

3. Дальнейшее продление срока следствия возможно в исключительных случаях Председателем Следственного комитета при прокуратуре РФ, руководителем следственного органа соответствующего федерального органа исполнительной власти (при федеральном органе исполнительной власти) и их заместителями. Верхний предел срока следствия ограничен сроком давности привлечения к уголовной ответственности (ст. 78 УК РФ).

Продление срока допускается для *продолжения* следствия, т.е. когда следователь до такого продления вел по делу работу и есть *необходимость* и *возможность* для совершения в будущем новых процессуальных действий (собираение дополнительных доказательств, ознакомление участников процесса с материалами уголовного дела, оконченного расследованием, и т.д.). Такой механизм продления срока признан соответствующим Конституции РФ, поскольку он ограничивает произвольные и бесосновательные решения².

При возвращении уголовного дела на дополнительное следствие прокурором (п. 2 ч. 1 ст. 221 УПК), а также при возобновлении приостановленного или прекращенного дела непосредственный руководитель следственного органа устанавливает срок *дополнительного следствия* в пределах одного месяца³. Началом исчисления этого срока является день поступления его к следователю. Дальнейшее продление срока возможно на общих основаниях.

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 02.03.99 № 5-П по делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан В.К. Борисова, Б.А. Кехмана, В.И. Монастыречкого, Д.И. Фуфлыгина и ООО «Моноком» // Российская газета. 15.04.99 г.

² Там же.

³ Срок дополнительного дознания не должен превышать 10 суток (п. 2 ч. 1 ст. 226 УПК).

Для продления срока предварительного следствия следователь выносит мотивированное постановление и представляет его руководителю следственного органа не позднее 5 суток до дня истечения срока (ч. 7 ст. 162). Прокурор свое решение выражает своей подписью и печатью на этом постановлении (приложение 133 к ст. 476 УПК). О продлении срока следователь письменно уведомляет обвиняемого, его защитника, потерпевшего и его представителя. Для обеспечения права обжалования решения о продлении срока следствия об этом решении нужно уведомлять и других заинтересованных лиц (стороны): гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей. В целях обеспечения надзора за законностью продления срока в уведомлении об этом решении нуждается и прокурор. Если руководитель следственного органа отказывает в продлении срока следствия или суд удовлетворяет жалобу о незаконности или необоснованности решения о продлении срока, то уголовное дело должно быть либо направлено в суд (если оно по части эпизодов уже окончательно подготовлено), либо прекращено по мотивам недоказанности обвинения (в связи с непричастностью лица к совершению преступления, отсутствием события или состава преступления).

Производство предварительного расследования не может продолжаться неопределенно долго, ибо это отрицательно сказывалось бы на общественной стабильности и спокойствии. Однако, поскольку верхнего предела для продления сроков расследования УПК не устанавливает, конечный момент предварительного расследования определяется также и установлением оснований, при наличии которых оно во всяком случае должно быть закончено в предусмотренной законом форме (об этом см. гл. 17 учебника).

4. Недопустимость разглашения данных (тайна) предварительного расследования

Такое общее условие, как недопустимость разглашения данных предварительного расследования (ст. 161), или его тайна, не противоречит ни принципу гласности судебного производства, ни принципу состязательности. Требование гласности в полном объеме может быть реализовано только в судебных стадиях процесса, предназначенных для публичного рассмотрения дел (так называемая внешняя гласность — см. об этом § 10 гл. 4 учебника). На предварительном расследовании гласность проявляет себя лишь в ограниченных пределах, выражаясь в частичном или полном (в момент окончания расследования) ознакомлении сторон с материалами дела (внутренняя гласность). Состязательность судопроизводства вовсе не означает, что стороны обвинения и защиты обязаны немедленно раскрывать друг перед другом собственные «карты», т.е. знакомить своего процессуального противника с материалами проводимой ими досудебной подготовки. Напротив, как и всякое состязание, судебный спор предполагает, что *обе стороны* до определенного времени соблюдают конфиденциальность накопленных ими аргументов для ведения судебной борьбы. Тайна расследования является необходимым ограничением гласности в целях наиболее эффективного достижения на этой стадии процесса общественных и частных интересов. Недопустимость разглашения данных расследования обеспечивает: а) быстрое и полное раскрытие преступления; б) эффективную защиту от подозрения и обвинения; в) соблюдение охраняемых федеральными законами тайн; г) защиту чести, достоинства и деловой репутации обвиняемого, других физических и юридических лиц; д) безопасность участников уголовного процесса (свидетелей, потерпевших).

Основным средством обеспечения неразглашения данных предварительного расследования является отображение органом предварительного расследования подписки в этом у лиц, участвующих в процессе (приложение 50 к ст. 476 УПК). Подписка подтверждает разъяснение им соответствующей обязанности, поэтому при отказе дать подписку применяются правила удостоверения отказа от подписи (ст. 167). Отказ дать подписку не освобождает лиц от ответственности, а в некоторых случаях является основанием для отвода участника процесса (ч. 5 ст. 49).

Обязанность не разглашать данные предварительного расследования прямо предусмотрена УПК для потерпевшего (п. 3 ч. 5 ст. 42), гражданского истца (ч. 6 ст. 44), защитника (ч. 2 ст. 53), гражданского ответчика (п. 2 ч. 3 ст. 54), свидетеля (п. 3 ч. 6 ст. 56), эксперта (п. 5 ч. 4 ст. 57), специалиста (ч. 4 ст. 58), переводчика (п. 2 ч. 4 ст. 59), понятого (ч. 4 ст. 60). Однако подписку можно взять и от других участников процесса (подозреваемого, обвиняемого, залогодателя, поручителя).

Тайна предварительного расследования по общему правилу не может ограничивать процессуальные права участников процесса на ознакомление с материалами дела, на юридическую помощь (поэтому сообщение свидетелем своему адвокату сведений об обстоятельствах дела не является разглашением). В специально предусмотренных случаях о некоторых обстоятельствах дела должны быть поставлены в известность третьи лица (обязательное уведомление родственников несовершеннолетнего задержанного — ч. 4 ст. 96; уведомление о месте содержания под стражей родственников, командования воинской части, дипломатического представительства — ч. 12 ст. 108).

Данное общее условие расследования кроме подписки о неразглашении обеспечивается и другими дополнительными процессуальными мерами: засекречивание данных о личности свидетеля, потерпевшего (ч. 9 ст. 166); мерами неразглашения частных данных, предпринимаемыми при обыске (ч. 7 ст. 182); мерами по неразглашению данных государственной тайны, содержащихся в материалах дела (ч. 2 ст. 217). Для неразглашения данных расследования используются и непроцессуальные меры (режим хранения уголовных дел; оформление допуска для лиц, ведущих расследование; оперативно-розыскные мероприятия).

Тайна предварительного расследования не абсолютна. Пределы гласности определяет орган расследования. Прокурор, следователь или дознаватель вправе разрешить предание гласности некоторых данных предварительного расследования, если этим не будет причинен ущерб интересам дела, а также правам и законным интересам его участников. При этом необходимо учитывать, что разглашение информации о частной жизни участников процесса без их письменного согласия не допускается (ч. 3 ст. 161 УПК). Обязательность такого согласия предусмотрена ч. 1 ст. 24 Конституции РФ и является гарантией неприкосновенности частной жизни (ст. 23 Конституции РФ).

В свете состязательности процесса и принципа равенства сторон в понятие тайны предварительного расследования следует, на наш взгляд, включать и положения закона, касающиеся *адвокатской тайны*. Согласно ст. 8 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» адвокатской тайной считаются любые сведения, связанные с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю. Так, адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля против интересов его подзащитного об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридиче-

ской помощью или в связи с ее оказанием. Проведение оперативно-розыскных мероприятий (а в случаях, предусмотренных УПК, — и ряда следственных действий в отношении адвоката), в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности, допускается только на основании судебного решения. Полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей (за исключением орудий преступления, а также предметов, которые запрещены к обращению или оборот которых ограничен).

В то же время адвокат и защитник вправе по своему ходатайству давать показания в интересах своего подзащитного, например по факту фальсификации материалов дела следователем¹.

5. Общие правила производства следственных действий, обеспечивающие всесторонность, объективность и полноту расследования

Правила производства следственных действий относятся к общим условиям предварительного расследования и в целом будут рассмотрены в следующей главе учебника. Однако некоторые из них прямо обеспечивают всесторонность, объективность и полноту расследования. Прежде всего, это удостоверительный характер расследования и использование в нем специальных познаний.

1. *Письменный, или удостоверительный* характер предварительного расследования, в том числе оформления следственных действий. Предварительное расследование нацелено на подготовку дела к судебному разбирательству, поэтому все процессуальные действия нуждаются в *удостоверении*. Для этого важнейшие процессуальные решения оформляются постановлениями следователя, дознавателя, прокурора либо решениями суда (судьи), а ход и результаты следственных и некоторых иных процессуальных действий закрепляются путем: а) участия понятых; б) отражения в протоколах; в) применения технических средств.

Участие понятых предусмотрено ст. 170 УПК (см. об этом также § 19 гл. 5 учебника). Понятой — это не заинтересованное в исходе уголовного дела лицо, привлекаемое дознавателем, следователем или прокурором для удостоверения факта производства следственного действия, а также содержания, хода и результатов следственного действия (ст. 60). Участие понятых является важной гарантией удостоверения всесторонности и объективности получаемых доказательств.

Участие понятых обязательно при исполнении наложения ареста на имущество (ст. 115); следственном осмотре (ст. 177—178); следственном эксперименте (ст. 181); обыске (ст. 182, 184); выемке (ст. 183); осмотре и выемке задержанных почтово-телеграфных отправлений (ч. 5 ст. 185); осмотре фонограммы контроля и записи переговоров (ч. 7 ст. 186); предъявлении для опознания (ст. 193); проверке показаний на месте (ст. 194). Кроме того, УПК признает обязательным присутствие понятых для удостоверения факта невозможности подписания протокола лицом, когда в следственном действии не участвуют его представители (ч. 3 ст. 167). Нарушение указанных

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 06.03.2003 № 108-О // Российская газета. 27.05.2003 г.

требований влечет недопустимость полученных доказательств. Участие понятых обычно целесообразно также при проведении освидетельствования.

Уголовно-процессуальный закон устанавливает ранее не известное отечественному законодательству изъятие из правила об обязательном участии понятых при проведении следственных действий (ч. 3 ст. 170). Оно заключается в том, что *любое* следственное действие может проводиться без понятых по одному из двух оснований:

— *труднодоступность* места производства следственного действия и *отсутствие надлежащих средств сообщения*. Это предполагает такое место, к которому: а) трудно подойти, невозможно достичь безопасным способом либо б) можно обеспечить доступ, но не в данный момент — ввиду отсутствия средств транспортного сообщения или средств связи, позволяющих организовать вызов и доставку понятых к месту проведения следственного действия.

Вопрос о труднодоступности места проведения следственного действия в каждом случае должен рассматриваться конкретно. Например, следователь должен провести осмотр места происшествия (аварии самолета и т.п.) в высокогорном районе, в который невозможно добраться обычными способами, но у него есть реальная возможность обеспечить участие понятых из числа оказавшихся рядом опытных альпинистов. В таком случае это место в целях проведения расследования уже не может рассматриваться как «труднодоступное». Другой пример: ночью в удаленном от ближайшего жилья месте, при отсутствии средств сообщения следователь не может обеспечить участие понятых при неотложном осмотре. Однако если ситуация позволяет провести осмотр на другой день, обеспечив необходимый для доставки понятых транспорт, то проводить осмотр без их участия уже нельзя;

— производство следственного действия *связано с опасностью* для жизни и здоровья понятых. Такая опасность должна быть не абстрактной (гололед на улице может привести к падению понятого во время осмотра), а конкретной и реальной (например, повышенный радиационный фон приводит к получению опасной для здоровья дозы облучения, возможность взрыва при осмотре боеприпасов и т.п.). Наличие такой опасности исключает участие понятых даже при их добровольном желании и готовности участвовать в следственном действии. Однако данная процессуальная норма допускает профессиональный риск самого следователя, работника органа дознания. Создание следователем опасности для жизни и здоровья других участников в процессе проведения следственного действия прямо запрещено законом (ч. 4 ст. 164).

При проведении следственного действия должно быть обеспечено участие не менее двух понятых. Если двое понятых не могут одновременно наблюдать все юридически значимые обстоятельства следственного действия, то количество понятых должно быть большим. Понятые приглашаются до начала производства следственного действия и присутствуют до его завершения, вплоть до окончания составления протокола. При этом главное — обеспечить, чтобы понятые воспринимали значимые для уголовного дела обстоятельства. Об этих обстоятельствах для решения вопроса о допустимости и достоверности полученных доказательств понятые могут быть допрошены в качестве свидетелей. Неисполнение понятым своих процессуальных обязанностей может повлечь наложение на него денежного взыскания (ст. 117 УПК) и административной ответственности (ст. 17.7 КоАП РФ). Понятые имеют право на вознаграждение и возмещение своих расходов в связи с участием в деле (ст. 131 УПК).

Протокол — это письменный процессуальный документ, фиксирующий ход и результаты следственного действия (ст. 166 УПК). Протокол следственного действия является самостоятельным видом доказательства (ст. 83) и может быть оглашен в судебном следствии (ст. 285). Протоколы допросов могут быть оглашены в суде при соблюдении ряда дополнительных условий (ст. 276, 281). Нарушение правил составления протокола может повлечь признание его недопустимым доказательством. В частности, исполнение протокола почерком, не поддающимся прочтению, Верховный Суд РФ признал существенным нарушением процессуального закона¹. Протокол составляется следователем или дознавателем в ходе следственного действия или непосредственно после его окончания. При этом после окончания следственного действия и до составления протокола не должно проходить длительное время, не могут быть произведены другие следственные действия. Протокол может изготавливаться и иным лицом по поручению следователя (его помощником, стажером и т.д.). Тогда в протоколе следует специально отметить, кем он составлен. Протокол может быть написан от руки или изготовлен с помощью технических средств. Формы протоколов могут быть предусмотрены ведомственными нормативными актами.

Содержание протокола должно охватывать все юридически значимые моменты следственного действия. При составлении протокола дается первоначальная оценка относимости сведений, которые заносятся в протокол даже при наличии *предположения* о том, что они имеют значение для дела. В протоколе указываются: место и дата производства следственного действия, время его начала и окончания с точностью до минуты; должность, фамилия и инициалы лица, составившего протокол; фамилия, имя и отчество каждого лица, участвовавшего в следственном действии, а в необходимых случаях — его адрес и другие данные о его личности; факт разъяснения ему прав и обязанностей.

В протоколе описываются процессуальные действия в том порядке, в каком они производились, выявленные при их производстве существенные для данного уголовного дела обстоятельства, а также излагаются заявления лиц, участвовавших в следственном действии. При этом фиксировать следует и «отрицательные результаты» следственного действия (необнаружение следов там, где они должны или могли были быть; вопросы, которые были отведены следователем или на которые отказались ответить). Запись показаний (не только при допросе, но и при предъявлении для опознания, проверке показаний на месте и т.д.), заявлений, замечаний производится от первого лица и по возможности дословно. В протоколе указываются также технические средства, примененные при производстве следственного действия, условия и порядок их использования, объекты, к которым эти средства были применены, и полученные результаты. В протоколе должно быть отражено, что лица, участвующие в следственном действии, были заранее предупреждены о применении при производстве следственного действия технических средств. Особо следует отметить факт приостановления аудио-, видеозаписи, киносъемки, причину и длительность остановки их записи (п. 2 ч. 4 ст. 190).

К протоколам отдельных следственных действий предъявляются специальные требования (ст. 174, 180, 182, 190, 192). Протокол предъявляется для ознакомления всем лицам, участвовавшим в следственном действии. При этом указанным лицам

¹ См. Определение № 53-000-34 по делу Егорова // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 12.

разъясняется их право делать подлежащие внесению в протокол замечания о его дополнении и уточнении. Все внесенные замечания о дополнении и уточнении протокола должны быть оговорены и удостоверены подписями этих лиц. Протокол подписывается следователем или дознавателем и лицами, участвовавшими в следственном действии.

На практике нередко возникают ситуации, когда участник следственного действия отказывается или не может подписать протокол. Чтобы сохранить его доказательственное значение, закон предусматривает специальную процедуру удостоверения данных фактов (ст. 167). При отказе от подписи следователь предоставляет возможность собственноручного изложения в протоколе причин отказа и вносит в протокол соответствующую запись, которая удостоверяется подписями следователя, а также других участников следственного действия (защитника, адвоката свидетеля, представителя или понятых, которых целесообразно пригласить для этого, даже если их участие необязательно). Отказ от подписания протокола является доказательственным фактом, устанавливающим отказ от дачи показаний свидетелем или потерпевшим, отказ от исполнения своих процессуальных обязанностей иным лицом. В то же время отказ от подписи обвиняемого (подозреваемого) не служит уличающим (обвинительным) доказательством.

Если участник следственного действия не может подписать протокол в силу физических или психических недостатков, состояния здоровья, неграмотности, то ознакомление этого лица с текстом протокола производится в присутствии защитника, законного представителя, представителя, которые подтверждают своими подписями содержание протокола и факт невозможности его подписания. Если в следственном действии не участвовали указанные лица, то для удостоверения факта невозможности подписания протокола и его содержания приглашаются понятые.

Наряду с протоколом при производстве следственного действия самим органом предварительного расследования либо привлеченным им специалистом могут применяться также *технические средства и способы* обнаружения, изъятия и фиксации следов преступления и вещественных доказательств, а также хода и результатов следственного действия: фотографирование, киносъемка, аудио- и видеозапись. Результаты применения дополнительных способов фиксации по отношению к основному — протоколу — имеют юридическое значение приложения к нему. Они недействительны без протокола или без отражения их в этом документе, предъявляются для ознакомления и оглашаются в том же порядке, что и протокол, но лишь после оглашения самого протокола (ч. 3 ст. 276, ч. 5 ст. 281).

Технические средства фиксации хода и результатов следственного действия должны обязательно применяться при отказе от участия понятых (ч. 3 ст. 170), за исключением случаев, когда это объективно невозможно. Последнее может быть связано с отсутствием технических средств в неотложной следственной ситуации или неблагоприятными внешними условиями (проливной дождь, влияние сильных электромагнитных полей и др.). Если следственное действие, указанное в ч. 1 ст. 170, проведено одновременно без участия понятых и использования технических средств фиксации (когда объективно их применение можно было обеспечить), его результаты должны быть признаны недопустимыми доказательствами.

2. *Участие специалиста.* В целях полного и достоверного исследования обстоятельств дела к участию в деле может привлекаться *специалист* — лицо, обладающее специальными знаниями в отдельных отраслях человеческой деятельности (ст. 58, 168 УПК). О формах участия специалиста см. § 17 гл. 5 учебника. Специалист может участвовать в любом следственном действии как по инициативе органов расследова-

ния, так и по ходатайству иных участников процесса, в первую очередь — защитника и обвиняемого. Представляется, что в случае заявления стороной защиты такого ходатайства орган предварительного расследования обязан либо сам найти и вызвать необходимого специалиста, либо рассмотреть вопрос о привлечении к участию в деле кандидатуры специалиста, представленной стороной защиты.

В некоторых случаях, в силу требований закона, участие специалиста является обязательным, а именно: а) судебно-медицинского эксперта или иного врача в осмотре трупа (ч. 1 ст. 178); б) врача в освидетельствовании, связанном с обнажением лица другого пола, чем следователь (ч. 4 ст. 179); в) педагога или психолога в допросе несовершеннолетнего (ч. 1 ст. 191, ч. 3 ст. 245).

В дополнение к общей процедуре привлечения тех или иных лиц к участию в следственных действиях, предусмотренной в ч. 5 ст. 164 (удостоверение в личности, разъяснение прав, обязанностей и ответственности), следователем устанавливается компетентность специалиста и отсутствие оснований для его отвода. Компетентность определяется образованием, уровнем квалификации, наличием сертификатов, лицензий или специальных допусков, опытом работы и достижениями в данной области, местом работы. При недостатке специальных знаний специалист должен отказаться от участия в деле.

Специалист предупреждается об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу ложных показаний по ст. 307, 308 УК РФ. Неисполнение им процессуальных обязанностей может повлечь наложение денежного взыскания (ст. 117) и административной ответственности (ст. 17.7 КоАП РФ). Специалист имеет право на вознаграждение и возмещение своих расходов в связи с участием в деле, если это не являлось исполнением служебного задания (ст. 131 УПК).

6. Восстановление утраченных уголовных дел

Всесторонность, полнота и объективность расследования ставятся под угрозу, если само уголовное дело или его материалы будут по каким-либо причинам недоступны. Поэтому закон предусматривает восстановление утраченных уголовных дел, под которым принято понимать деятельность органов предварительного расследования по повторному собиранию доказательств об обстоятельствах, подлежащих установлению по делу, путем проведения следственных действий, истребования и приобщения представленных материалов (включая копии и подлинники материалов первоначального производства), оценки их в совокупности и принятие новых решений либо подтверждение ранее принятых¹.

Данное общее условие расследования предусмотрено ст. 158¹ УПК и, по сути, является особым производством (досудебным и судебным). Оно имеет специальный предмет доказывания — утраченное дело и специальную цель — восстановление материалов. Пределы восстановления дела определяются условиями, вытекающими из принципов недопустимости повторного привлечения к ответственности за одно и то же (*non bis in idem* — лат.) и презумпцией невиновности (о них см. § 5 и 10 гл. 4 учебника). Поэтому отмена и изменение судебных решений по утраченному делу допускаются только судом в соответствующих процессуальных формах, а сомнения по поводу невозможности восстановления материалов толкуются в пользу обвиняемого.

¹ См.: Кальницкий В.В., Ефремова Н.П. Восстановление утраченных уголовных дел. М.: Спарк, 2000. С. 25.

Восстановление утраченного уголовного дела либо его материалов производится по постановлению руководителя следственного органа, начальника органа дознания, а в случае утраты уголовного дела или материалов в ходе судебного производства — по решению суда, направляемому руководителю следственного органа или начальнику органа дознания для исполнения. При этом процессуальные сроки исчисляются в общем порядке, т.е. не текут заново. *Способами* восстановления дела являются: а) получение сохранившихся копий и подлинников материалов дела, их техническая реставрация; б) производство следственных действий. При этом некоторые следственные действия могут быть проведены заново (повторные допросы). Содержание других, «неповторимых» следственных действий может быть восстановлено путем допроса его участников (например, допроса понятых о проведенном обыске, протокол которого утрачен). Важно иметь в виду, что восстановленные любым способом материалы лишь *могут быть* признаны доказательствами (ч. 2 ст. 158¹), т.е. подлежат всесторонней проверке и оценке на общих основаниях.

Виновные в утрате уголовного дела или материалов привлекаются к ответственности, вплоть до уголовной.

7. Установление обстоятельств, способствовавших совершению преступления

УПК РФ не провозглашает специальной цели уголовного процесса в виде предупреждения преступности. Действительно, преступность как социальное явление предупредить, а тем более искоренить в рамках отдельного уголовного дела невозможно — для этого требуется как минимум объединение усилий всего общества. Однако принятие доступных в рамках процессуальной формы мер по профилактике правонарушений всегда остается сопутствующей задачей органов расследования, ибо предупреждать конкретные преступления проще и эффективней, чем бороться с их последствиями.

В целях максимальной полноты расследования следователь и дознаватель обязаны устанавливать *обстоятельства, способствовавшие совершению преступления*, которые являются частью предмета доказывания по уголовному делу (ч. 2 ст. 73 УПК). На органы расследования возлагается бремя доказывания этих обстоятельств. Для этого ими могут быть проведены следственные действия и получены судебные доказательства. В качестве процессуальной санкции за невыполнение данной обязанности уголовное дело может быть возвращено руководителем следственного органа (п. 11 ч. 1 ст. 39) или прокурором для производства дополнительного следствия (п. 2 ч. 1 ст. 221).

Обстоятельствами, способствовавшими совершению преступления, являются его причины и условия. Среди них принято выделять¹ три группы обстоятельств: 1) антиобщественная направленность самой личности обвиняемого, 2) условия ее формирования, 3) обстановка совершения преступления. Первая группа устанавливается в рамках характеристики личности обвиняемого (п. 3 ч. 1 ст. 73). Вторая группа нуждается в доказывании, главным образом, по делам несовершеннолетних (п. 2 ч. 1 ст. 421).

¹ См., например: Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 178—179; Шестаков Д.А. Криминология. СПб., 2001. С. 133; Гилинский Я. Криминология. СПб., 2002. С. 91.

Третья группа обстоятельств наиболее обширна для выявления по остальным делам. К ней относятся факторы, облегчившие совершение преступления, давшие к нему повод, способствовавшие наступлению более тяжких последствий.

Однако ограничиться только указанием на названные обстоятельства недостаточно. Органы расследования обязаны принимать меры по их устранению. Эти меры распадаются на две разновидности: а) непроцессуального и б) процессуального характера. Непроцессуальные меры могут состоять в обсуждении выявленных обстоятельств на собраниях трудовых или учебных коллективов, выступлении представителей правоохранительных органов в средствах массовой информации и др. Основным процессуальным средством органов расследования для устранения обстоятельств, способствовавших совершению преступления, является *представление следователя или дознавателя* (ч. 2 ст. 158). Представление должно быть основано на доказательствах, имеющихся в уголовном деле. Этим оно отличается от представления и предостережения прокурора, вынесенного в порядке общего надзора (ст. 24, 251 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»). При установлении соответствующих обстоятельств внесение представления является обязанностью органов расследования. Следователь вправе по одному делу вынести несколько представлений.

Представление как процессуальное решение должно отвечать требованиям обоснованности и мотивированности. В нем особое внимание должно быть уделено: 1) описанию обстоятельств, способствовавших совершению преступления (при этом желательно указать и доказательства, на основании которых они установлены); 2) конкретным мерам, которые необходимо предпринять для устранения этих обстоятельств. При этом следует учесть, что органы расследования не могут вмешиваться в административную, организационно-распорядительную, хозяйственную деятельность организаций или должностных лиц. Содержание представления не должно вступать в противоречие с презумпцией невиновности; в нем нельзя предрешать вопрос о виновности обвиняемого и других лиц в совершении преступлений или административных правонарушений. Содержанием представления могут быть и меры по укреплению правопорядка (например, предложения о поощрении конкретных сотрудников, участвовавших в пресечении преступления).

Представление дознавателя или следователя подлежит обязательному рассмотрению соответствующими должностными лицами не позднее одного месяца со дня его вынесения. За умышленное неисполнение представления возможно привлечение к административной ответственности по ст. 17.7 КоАП РФ. О принятых мерах обязанное должностное лицо направляет письменное сообщение (уведомление). Копия представления и уведомление о принятых мерах приобщаются к материалам уголовного дела. Если уголовное дело уже находится в суде, то уведомление направляется в суд.

§ 5. ОБЩИЕ УСЛОВИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ, СВЯЗАННЫЕ С ОБЕСПЕЧЕНИЕМ ПРАВ И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ ЕГО УЧАСТНИКОВ

Обеспечение прав и законных интересов участников предварительного расследования — проявление провозглашенных в УПК принципов неприкосновенности личности (ст. 10), охраны прав и свобод человека и гражданина в уголовном су-

допроизводстве (ст. 11), неприкосновенности жилища (ст. 12), тайны переговоров и сообщений (ст. 13), права на пользование родным языком (ст. 18), права на обжалование уголовно-процессуальных решений и действий или бездействия (ст. 19).

Для непосредственного обеспечения прав и законных интересов участников расследования гл. 21—22 УПК содержат такие общие условия: обязательность рассмотрения ходатайств; меры по защите участников процесса; меры попечения о детях, об иждивенцах подозреваемого или обвиняемого и меры по обеспечению сохранности его имущества; судебный порядок получения разрешения на производство ряда следственных действий; участие переводчика.

1. Обязательность рассмотрения ходатайства

Общие правила заявления и разрешения ходатайств сохраняют свою силу и для стадии предварительного расследования (ст. 119—122). (см. о них гл. 9 учебника). В то же время в данной стадии их применение имеет свои особенности.

Орган расследования обязан рассмотреть *каждое* заявленное ему ходатайство — официальную просьбу о совершении процессуальных действий или принятии решений (ст. 159). Это означает, что ходатайство могут заявить любые лица, заинтересованные в реализации своих прав и законных интересов (а не только стороны, указанные в ст. 119). Не позднее трех суток со дня заявления ходатайства оно должно быть рассмотрено и разрешено. Об удовлетворении или отказе в удовлетворении ходатайства вносится мотивированное постановление. При этом орган расследования обязан удовлетворить ходатайство *сторон* (обвиняемого, его защитника, а также потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика или их представителей) о производстве следственных действий, если получаемые таким путем доказательства будут иметь отношение, «иметь значение» для данного дела. Другими словами, для отказа в удовлетворении ходатайства о производстве следственных действий предусмотрено только одно основание — отсутствие *относимости* сведений, которые могут быть получены в результате этих следственных действий. При этом отсутствие относимости должно быть установлено вне всякого разумного сомнения. Ни достаточность, с точки зрения следователя, уже собранных по делу доказательств, ни имеющиеся у него сомнения в достоверности истребуемых стороной доказательств не являются основанием для отказа в удовлетворении ходатайства, ибо заявитель ходатайства может стремиться не только к подтверждению, но и к опровержению ранее выясняемых следователем обстоятельств. В силу принципа равенства сторон следователь как представитель стороны обвинения не может и не должен решать за противоположную сторону защиты, какими доказательствами она будет подтверждать свою позицию по делу.

Вместе с тем стороны не должны злоупотреблять своими правами, в том числе на заявление ходатайств. Если ходатайство о проведении тех или иных ходатайств явно избыточно, неразумно или направлено на затягивание сроков предварительного расследования, следователь, на наш взгляд, может отказать в удовлетворении такого ходатайства. Например, весь зрительный зал, в котором находилось несколько сот человек, наблюдал хулиганские действия лица, совершенные им на сцене; при этом защита просит допросить всех очевидцев данного события, без всякого исключения. Однако при этом на следователе лежит бремя доказывания обоснованности отказа, что отражается в мотивировочной части его решения, принимаемого по данному ходатайству.

Лицо, которому отказано в удовлетворении ходатайства, вправе обжаловать это решение прокурору или руководителю следственного органа (ст. 124), а также, как представляется, и в суд в порядке ст. 125, поскольку такой отказ способен причинить ущерб конституционным правам личности — презумпции невиновности и праву на судебную защиту (ст. 46, 49 Конституции РФ).

2. Меры по защите потерпевшего, его представителя, свидетеля, их близких родственников и близких лиц

Эффективное противодействие организованной преступной деятельности предполагает необходимость защиты участников уголовного процесса от противоправных воздействий. Государственная защита участников уголовного процесса осуществляется в рамках нескольких правовых отраслей: уголовного, уголовно-процессуального, уголовно-исполнительного, административного, гражданского права. Федеральный закон от 20.08.2004 № 119-ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства»¹ устанавливает систему мер государственной защиты потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, включающую в себя: 1) меры безопасности, направленные на защиту их жизни, здоровья, имущества, и 2) меры социальной защиты, применяемые в связи с гибелью указанных лиц или повреждением их здоровья. Статья 6 названного Закона указывает следующие меры безопасности: охрану, выдачу средств индивидуальной защиты, обеспечение конфиденциальности сведений о защищаемом лице, переселение его в другое место жительства, замену документов, изменение внешности, места работы и др.

В рамках государственной защиты участников уголовного процесса можно выделить меры, предусмотренные уголовно-процессуальным правом. Именно они являются общим условием предварительного расследования.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ ввел новую для отечественного процессуального законодательства меру по защите свидетелей и потерпевших (ч. 9 ст. 166). Для обеспечения их безопасности и безопасности близких им лиц (перечень которых широк — см. п. 3 ст. 5) в протоколе следственного действия не приводятся данные о личности свидетеля, потерпевшего и его представителя. Вместо этого указывается псевдоним. Данная мера корреспондирует с возможностью в суде давать показания в условиях, исключающих визуальное наблюдение свидетеля другими участниками судебного разбирательства (ч. 5 ст. 278). За разглашение сведений о принятых мерах безопасности возможна уголовная ответственность (ст. 311 УК РФ). Это довольно глубокое отступление от принципа непосредственности исследования доказательств, способное нарушить право обвиняемого на защиту. Вместе с тем оно оправданно для обеспечения защиты интересов свидетеля, потерпевшего и общества в раскрытии преступления (ч. 3 ст. 50 Конституции РФ). Однако для соответствия международно-правовым и конституционным нормам применение указанной меры по защите свидетеля должно быть обставлено дополнительными гарантиями, чтобы процедура судопроизводства была в целом справедливой. С учетом практики Европейского Суда по правам человека (Решение по делу Ван Мехелен (Van Mechelen) и другие против Нидер-

¹ Российская газета. 25.08.2004 г.

ландов от 23.04.97 г.)¹ к дополнительным гарантиям этой меры безопасности относятся:

— наличие достаточных оснований для применения мер безопасности, т.е. процессуальных доказательств о реальной угрозе жизни, здоровью или имуществу указанных лиц. Любые меры, ограничивающие права защиты, должны диктоваться строгой необходимостью, поэтому сохранение в тайне от защиты сведений о личности свидетеля допускается лишь при невозможности использования иных, менее радикальных мер;

— удостоверение личности свидетелей органами, ведущими процесс, обоснование надежности и доверия к показаниям этих свидетелей. Российское законодательство предусматривает необходимость вынесения мотивированного постановления (приложение 55 к ст. 476 УПК) следователя (которое теоретически можно обжаловать, если о нем станет известно заинтересованным лицам) и получения согласия руководителя следственного органа на применение мер безопасности;

— показания «засекреченных» свидетелей должны подкрепляться другими доказательствами, а обвинение не должно основываться единственно или в решающей степени на анонимных утверждениях;

— исключительность применения мер безопасности в отношении сотрудников правоохранительных органов, ибо роль полицейских, как правило, требует впоследствии дачу ими показаний в открытом судебном заседании;

— предоставление защите достаточных возможностей задать вопросы «засекреченным» свидетелям. Эта гарантия остается нереализованной в стадии предварительного расследования, но ее обеспечивают правила судебного следствия: общий запрет на оглашение показаний неявившихся свидетелей без согласия стороны защиты и механизм ознакомления сторон с засекреченными данными (ч. 6 ст. 278 УПК).

Указанная мера безопасности — «пассивного» характера. В практике рекомендуется одновременно применять и активные меры — по выявлению и привлечению к ответственности лиц, виновных в посягательствах на участников процесса; по избранию более строгих мер пресечения к обвиняемым. Для этого следует использовать содействие оперативных подразделений органов дознания, дав им соответствующее поручение.

3. Меры попечения о детях, об иждивенцах подозреваемого или обвиняемого и меры по обеспечению сохранности его имущества

На орган расследования возлагается обязанность принятия мер попечения о детях и других иждивенцах обвиняемого или подозреваемого и мер по сохранности его имущества. Такие меры применяются при задержании подозреваемого, применении заключения под стражу, помещении в психиатрический стационар подозреваемого или обвиняемого. Эти меры могут использоваться и при применении домашнего ареста и привода (на время привода).

В этих случаях орган расследования устанавливает у подозреваемого или обвиняемого наличие иждивенцев (нетрудоспособных членов семьи, находящихся на пол-

¹ См.: Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 2. М.: Норма, 2000. С. 440—454.

ном его содержании или получающих от него помощь, которая является для них постоянным и основным источником средств к существованию, — ст. 179 ТК РФ), престарелых родителей, нуждающихся в постороннем уходе, которые остаются без присмотра и помощи. Такие лица передаются на попечение совершеннолетним дееспособным гражданам, заслуживающим доверия. Для этого необходимо получить согласие временных попечителей, учесть желание самого обвиняемого, подозреваемого и самих подопечных. Попечение — это кратковременная мера, заключающаяся в присмотре и заботе за указанными лицами, в отличие от попечительства по ст. 31, 33 ГК РФ. Передача на попечение другим лицам должна осуществляться при участии органа опеки и попечительства (ст. 34 ГК РФ). Согласно ч. 1 ст. 35 ГК РФ на сам орган опеки и попечительства временно могут быть возложены обязанности по присмотру и заботе за подопечными. Другая возможная мера — это помещение подопечных в детские или социальные учреждения. Оно производится в порядке, предусмотренном соответствующими нормативными актами¹. При этом следует иметь в виду, что содержащаяся под стражей женщина может иметь при себе своих детей в возрасте до 3 лет (ст. 30 Федерального закона от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»).

Если при применении мер принуждения остается без присмотра имущество, жилище обвиняемого (подозреваемого), то должны быть приняты меры по его сохранности. Оно может быть вверено родственникам или иным заслуживающим доверия лицам, по указанию самого обвиняемого (подозреваемого). При отсутствии таких лиц сохранность жилища может быть поручена жилищно-эксплуатационной организации, имущество может быть передано на хранение в порядке ст. 115 УПК (по аналогии с арестованным имуществом). Орган расследования имеет право заключить договор с частным лицом или со специализированной организацией по охране ими имущества, жилища (например, частного дома). Расходы по этому договору могут быть отнесены к процессуальным издержкам (ст. 131 УПК).

Решение о принятых мерах по передаче подопечных, по сохранности имущества целесообразно оформить мотивированным постановлением (особенно при возражениях обвиняемого или подозреваемого). Неисполнение указанных обязанностей может повлечь гражданско-правовую ответственность обязанного лица (ч. 2 ст. 1070 ГК РФ).

4. Судебный порядок получения разрешения на производство следственного действия

Важнейшей гарантией обеспечения прав участников процесса является судебный контроль над действиями органов расследования, ограничивающими конституционные права граждан. Осуществляя судебный контроль, суд остается органом правосудия, разрешая спор между сторонами. Поэтому судебный контроль возможен только по требованию сторон, за пределы которого суд выйти не вправе, с тем чтобы не потерять свою независимость. В связи с этим судебный контроль может быть *последующим*, когда в суд обращаются с жалобой на какое-

¹ См.: Закон РФ от 10.07.92 г. «Об образовании»; Федеральный закон от 24.06.99 г. «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних»; постановление Правительства РФ от 15.04.95 № 338 «О развитии сети специальных домов-интернатов для престарелых и инвалидов».

либо действие органов расследования (ст. 125 УПК), или *предшествующим*, когда в суд обращаются органы расследования для получения разрешения на производство принудительного действия.

Для предшествующего судебного контроля УПК предусматривает две процедуры:

1) судебный порядок с правом участия заинтересованных лиц (подозреваемого, обвиняемого, защитника, прокурора) в судебном заседании. Он используется для избрания и применения мер принуждения: заключение под стражу и домашний арест, отстранение от должности, денежное взыскание, обращение залога в доход государства, помещение в медицинский стационар¹ (ст. 108, 118). Об этой процедуре судебного контроля см. гл. 8 учебника;

2) судебный порядок получения разрешения на производство следственного действия, не предусматривающий участия заинтересованных лиц, кроме прокурора, следователя и дознавателя (ст. 165). Последняя процедура применяется для принятия решений: об осмотре жилища против воли проживающих в нем лиц, обыске и выемке в жилище, личном обыске, выемке документов о вкладах и счетах в кредитных учреждениях, выемки заложенной или сданной на хранение в ломбард вещи, выемке корреспонденции, контроле и записи переговоров (ч. 2 ст. 29), экзгумации против воли родственников покойного (ч. 3 ст. 178); наложении ареста на имущество (ч. 1 ст. 115).

Все названные процессуальные действия ограничивают конституционные права граждан, в связи с чем производятся лишь по решению суда (ст. 23—25, 35 Конституции РФ).

Судебный порядок получения разрешения на производство следственного действия состоит в следующем. Следователь (дознаватель) выносит мотивированное постановление о возбуждении перед судом ходатайства о производстве соответствующего следственного действия. К ходатайству могут быть приложены подтверждающие его обоснованность материалы дела. При этом основаниями для производства указанных действий могут быть, на наш взгляд, лишь уголовно-процессуальные доказательства, а не иные сведения (например, негласные оперативно-розыскные данные). В противном случае судебная проверка обоснованности проведения этих следственных действий оказалась бы неполной, а порой и беспредметной.

Руководитель следственного органа дает свое согласие следователю, а прокурор — дознавателю на возбуждение ходатайства в виде письменной резолюции на постановлении. Отказ прокурора дать согласие может быть обжалован следователем в порядке ч. 3 ст. 39, ч. 4 ст. 124. Ходатайство по выбору следователя подается в суд по месту производства следствия или по месту производства следственного действия и рассматривается в судебном заседании не позднее 24 часов с момента его поступления в суд. Суд своим извещением о времени заседания обеспечивает участие в нем прокурора, следователя или дознавателя. Их неявка не препятствует рассмотрению ходатайства. По результатам заседания судья выносит мотивированное постановление, которое вступает в силу немедленно.

Постановление судьи может быть обжаловано заинтересованными лицами в кассационном порядке (ч. 1 ст. 127, ст. 355).

¹ Для помещения в медицинский стационар УПК формально не предусматривает участия обвиняемого и его представителя (ст. 203 ссылается на ст. 165), однако по смыслу закона такое право у обвиняемого есть (п. 16 ч. 4 ст. 47) (см. определения Конституционного Суда РФ от 18.06.2004 № 206-О и от 08.06.2004 № 194-О).

В случаях, не терпящих отлагательства, осмотр, обыск и выемка в жилище, выемка заложенной или сданной на хранение в ломбард вещи, личный обыск, наложение ареста на имущество могут быть проведены без судебного решения и без предварительного согласия руководителя следственного органа или прокурора по мотивированному постановлению следователя или дознавателя (приложение 84 к ст. 476 УПК). Основанием для применения этой процедуры, предусмотренной ч. 5 ст. 165 УПК, является *неотложная ситуация* — внезапное возникновение таких обстоятельств, которые дают основания полагать, что промедление с совершением принудительных процессуальных действий может реально повлечь утрату следов преступления, сокрытие лиц, его совершивших, утрату возможности возмещения ущерба, причиненного преступлением. В течение 24 часов с момента начала производства следственного действия следователь уведомляет об этом судью и прокурора (приложение 85 к ст. 476 УПК). К уведомлению прилагаются материалы, подтверждающие законность и обоснованность действий следователя (копия постановления, протокол или выписка из него (справка о результатах), если следственное действие еще не закончено). После получения уведомления прокурор вправе направить требование руководителю следственного органа об устранении нарушений закона (п. 3 ч. 2 ст. 37). Руководитель следственного органа вправе отстранить следователя от дальнейшего производства расследования (п. 6 ч. 1 ст. 39). Суд в порядке, предусмотренном ч. 2—4 ст. 165, в судебном заседании проверяет законность действий следователя. По результатам заседания судья выносит постановление о законности или незаконности следственного действия. Установленные нарушения закона влекут за собой юридическую ничтожность полученных доказательств.

5. Участие переводчика

Участие переводчика как общее условие расследования обеспечивает конституционное право каждого на пользование родным языком и на свободный выбор языка общения (ст. 26 Конституции РФ, ст. 18 УПК). Основанием для привлечения к участию в деле переводчика является недостаточное владение участником процесса языком, на котором ведется производство по делу. При этом сомнения должны толковаться в пользу лица, которому нужен перевод.

Привлечение переводчика к участию в деле является обязанностью органов расследования, невыполнение которой является существенным нарушением процессуального закона (п. 5 ч. 2 ст. 379 УПК). Участие переводчика всегда обеспечивается за счет государства (ч. 2 ст. 18). Орган расследования выбирает конкретного переводчика — лицо, свободно владеющее нужными языками, — с учетом желания того участника процесса, которому этот перевод нужен. Переводчик привлекается к участию в деле путем вынесения мотивированного постановления (ч. 2 ст. 59).

Переводчик участвует в расследовании в двух формах: а) присутствие его при производстве процессуального действия (как правило, для устного перевода); б) письменный перевод им процессуальных документов. Во втором случае переводчик может по требованию следователя «заочно» перевести документы. При этом перед выполнением перевода переводчику должны быть разъяснены его права и обязанности, а заинтересованным лицам — обеспечено право заявить отвод переводчику. На род-

ной язык соответствующего участника процесса (или другой язык, которым он хорошо владеет) должны быть переведены: копии протоколов обыска и выемки, ареста имущества, постановления об избрании меры пресечения, о возбуждении дела, об отказе в возбуждении дела, постановление о привлечении в качестве обвиняемого, обвинительное заключение и обвинительный акт и другие документы.

Переводчик предупреждается об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ за заведомо неправильный перевод. Неисполнение им процессуальных обязанностей может повлечь наложение денежного взыскания (ст. 117 УПК) и административную ответственность (ст. 17.7 КоАП РФ). Переводчик имеет право на вознаграждение и возмещение своих расходов в связи с участием в деле, если это не являлось исполнением служебного задания (ст. 131 УПК).

§ 1. ПОНЯТИЕ И ВИДЫ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

1. Понятие и классификация следственных действий

Основное содержание предварительного расследования составляют следственные действия. Однако термин «следственные действия» используется в тексте закона и в юридической литературе в нескольких значениях. В широком смысле под ними иногда понимают «процессуальные действия, совершаемые уполномоченными органами и должностными лицами в ходе предварительного расследования»¹. Однако в узком смысле к следственным действиям относятся только те, которые непосредственно направлены на собирание и проверку доказательств. Поэтому процессуальные действия считаются следственными не потому, что они осуществляются следователем, а потому, что они направлены на выявление «следов». В этом смысле такие процессуальные акты, как возбуждение уголовного дела, применение меры пресечения, предъявление обвинения и т.п., не относятся к следственным действиям. Называть все процессуальные действия следственными неверно и с точки зрения «буквы закона», который действия суда также называет следственными (например, такой термин использован в п. 1 ч. 1 ст. 333 УПК). Наконец, следственные действия имеют строгую, подробно разработанную процессуальную форму и обеспечены возможностью применения государственного принуждения. Данным признаком не обладают и потому не являются следственными действиями такие способы собирания доказательств, как истребование и принятие представленных предметов и документов (ч. 4 ст. 21, ст. 86).

Таким образом, *следственные действия* — это такие способы собирания и проверки доказательств, которые детально регламентированы законом и обеспечены возможностью применения государственного принуждения. Значение следственных действий состоит в том, что они являются основным способом собирания доказательств, а значит, и основным средством установления истины по уголовному делу.

В законодательстве предусмотрены следующие виды следственных действий: осмотр, освидетельствование, следственный эксперимент, обыск, выемка, наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, контроль и запись переговоров, допрос, очная ставка, предъявление для опознания, проверка показаний на месте, производство экспертизы. Следует отметить, что вопрос о системе следственных действий остается спорным в уголовно-процессуальной науке². Иногда к следственным действиям относят также задержание подозреваемого, наложение ареста на имущество, получение образцов для сравнительного исследования, а некоторые следственные действия, например контроль и запись переговоров, следственными действиями не считают.

Следственные действия могут быть классифицированы на виды по различным критериям: субъектам, составу участников, степени применяемого принуждения, ус-

¹ См., например: Уголовный процесс / под ред. К.Ф. Гуценко. М., 1998. С. 206.

² См., например: Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 385.

ловиям их производства и др. Так, в законе выделяется понятие неотложных следственных действий (п. 19 ст. 5, ст. 157), следственных действий, проводимых с участием и без участия понятых (ч. 1, 2 ст. 170).

Вопросы классификации следственных действий глубоко исследованы проф. С.А. Шейфером, который выделяет виды следственных действий по познавательным методам, способам получения информации, сложности отображаемых объектов и целям следственных действий¹.

Одна из основных классификаций базируется на познавательных методах: расспроса, наблюдения и сочетания расспроса и наблюдения. *Расспрос* как постановка задачи на воспроизведение вербальной информации лежит в основе допроса, очной ставки и экспертизы. Метод *наблюдения* как преднамеренное восприятие внешних признаков объекта является ведущим в таких следственных действиях, как осмотр, освидетельствование, обыск, выемка, следственный эксперимент. Равное сочетание расспроса и наблюдения происходит при производстве опознания и проверке показаний на месте. Познавательные методы зависят от отображаемых следов и значительно влияют на процессуальную форму следственных действий. Например, участие понятых как гарантия объективности восприятия требуется там, где применяется метод наблюдения.

Большинство следственных действий представляет собой непосредственное восприятие и фиксацию информации. Только экспертиза основана на опосредованном получении доказательств, когда скрытая информация выявляется с помощью самостоятельного исследования эксперта на основе его специальных познаний. Эта классификация позволяет разграничить случаи, когда надо проводить следственный эксперимент или освидетельствование, а когда — экспертизу. Последняя необходима, если для исследования объекта недостаточно одного только непосредственного восприятия.

По сложности отображаемых объектов следственные действия распадаются на две группы: направленные на отображение изолированных объектов (допрос, осмотр, освидетельствование, обыск, выемка и др.) и направленные на отображение специально интегрированных объектов (очная ставка, проверка показаний на месте, предъявление для опознания). Последняя группа следственных действий имеет особую структуру и условия проведения.

Цель следственных действий как основание классификации позволяет выделить их группу, специально приспособленную для проверки собранных ранее доказательств (очная ставка, следственный эксперимент, предъявление для опознания, экспертиза). Поэтому им предшествует обязательное предварительное закрепление необходимых доказательств.

Уголовно-процессуальный закон делит все следственные действия на четыре группы по общности их операциональной структуры (совокупности приемов, средств, способов познания и удостоверения их хода и результатов). Первая группа связана с «непринудительным наблюдением» — это осмотр, освидетельствование, следственный эксперимент (гл. 24 УПК). Вторая группа следственных действий использует наблюдение труднодоступных объектов — обыск, выемка, арест корреспонденции

¹ См.: Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М., 2001. С. 73—88.

и контроль переговоров (гл. 25). Третья группа следственных действий широко использует расспрос — допрос, очная ставка, опознание и проверка показаний (гл. 26). Наконец, четвертая группа состоит в исследовании скрытой информации — экспертиза (гл. 27).

2. Общие правила производства следственных действий

Общие правила производства следственных действий — это уголовно-процессуальные нормы, регламентирующие каждое следственное действие (ст. 164 УПК)¹. Общие правила составляют *процессуальную форму* следственных действий, распадающуюся на три группы норм, регламентирующих: 1) условия их проведения; 2) процедуру; 3) меры, гарантирующие производство следственных действий. Эти три группы есть не что иное, как обобщенные гипотезы, диспозиции и санкции для института следственных действий.

1. Первый элемент процессуальной формы следственных действий — это условия их производства. Они складываются из условий общего и специального характера.

Общие условия производства следственных действий охватывают: а) наличие возбужденного уголовного дела (за исключением осмотра места происшествия (ч. 2 ст. 176); б) надлежащего субъекта проведения следственного действия, который, во-первых, не подпадает под основания для отвода и, во-вторых, в установленном законом порядке принял дело к своему производству; в) место и время производства следственного действия. Место проведения следственного действия определяется местом расследования, т.е. территориальной подследственностью дела (ст. 152). В необходимых случаях следственные действия проводятся в ином месте, куда следователь выезжает лично или направляет отдельное поручение. Следственные действия не должны производиться в ночное время (с 22 до 6 часов по местному времени — п. 21 ст. 5), кроме не терпящих отлагательства случаев (ч. 3 ст. 164).

Специальные условия проведения следственных действий. Для всякого следственного действия законом предусмотрены специальные условия, наличие которых позволяет правильно выбрать нужное следственное действие в каждой конкретной ситуации.

К их числу относятся, прежде всего, *основания* для производства следственных действий: наличие сведений о том, что необходимо получить доказательства определенного вида с помощью именно этих действий. В качестве основания выступают конкретные данные, а во многих случаях — судебные доказательства (например, для тех следственных действий, которые производятся по судебному решению).

Неправильное определение оснований следственных действий ведет к незаконной подмене одних следственных действий другими. Так, на практике встречаются случаи, когда вместо опознания проводят очную ставку, вместо экспертизы — следственный эксперимент, взамен следственного эксперимента — проверку показаний на месте, выемку подменяют так называемой добровольной выдачей и т.д. Это ведет к необоснованности подобных действий и может повлечь за собой утрату ими доказательственного значения.

¹ При этом надо иметь в виду, что в судебных стадиях уголовного процесса действуют несколько иные правила проведения следственных действий (ст. 240—260 УПК).

К специальным условиям проведения следственного действия относятся также требования, предъявляемые к *кругу его участников и их правовому статусу (правам и обязанностям)*. Они могут быть обязательными и факультативными. Обязательный круг участников в ряде случаев предусмотрен законом (например, защитник — ст. 51, понятые — ст. 170, переводчик — ст. 169). Другие лица привлекаются следователем (дознавателем) факультативно, по своему усмотрению. Однако следователь обязан обеспечить право сторон на участие в следственных действиях, проводимых по их ходатайству (п. 9 ч. 2 ст. 42, п. 10 ч. 4 ст. 44, п. 9 ч. 2 ст. 46, п. 10 ч. 4 ст. 47, п. 5 ч. 1 ст. 53). Свидетель имеет право пользоваться услугами своего адвоката во время участия в следственных действиях (ч. 5 ст. 189, ч. 6 ст. 192). Следователь вправе привлечь к участию в следственном действии должностное лицо органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (ч. 7 ст. 164).

Специальным условием для допроса обвиняемого является предъявление обвинения (ч. 1 ст. 173); для проведения опознания — предварительный допрос опознающего лица об обстоятельствах, при которых они видели предъявленные для опознания лицо или предмет, а также о приметах и особенностях, по которым они могут его опознать (ч. 2 ст. 193); одним из специальных условий для проведения экспертизы служит предварительное ознакомление подозреваемого, обвиняемого и его защитника с постановлением о ее назначении (п. 1 ч. 1 ст. 198) и т.д.

В качестве специальных условий для проведения следственных действий могут также рассматриваться: отсутствие у соответствующего лица дипломатической неприкосновенности (ч. 2 ст. 3); соблюдение особого порядка возбуждения уголовного дела или привлечения в качестве обвиняемого в отношении ряда лиц, пользующихся служебным иммунитетом (ст. 448).

Наличие специальных условий закон иногда требует отразить в письменно оформленном решении о проведении следственного действия — постановлении (которое иногда называют *юридическим основанием* для проведения следственного действия). По постановлению следователя проводятся: эксгумация, освидетельствование, обыск, выемка (для последующего контроля за обоснованностью применения принуждения), а экспертиза — ч. 1 ст. 195 УПК — еще и для постановки задания перед экспертом. В некоторых случаях УПК дополнительно предусматривает получение санкции прокурора для выемки предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну (ч. 3 ст. 183). Следственные действия (и связанные с ними меры принуждения), ограничивающие конституционные права граждан, производятся на основании судебного решения в порядке ст. 165 УПК.

2. Второй элемент процессуальной формы следственных действий — это их процедура, т.е. *последовательность и приемы проведения следственного действия*. Последовательность проведения следственного действия складывается из нескольких этапов. *Первый этап* — подготовительный. На нем принимается и оформляется решение о проведении следственного действия, принимаются меры по обеспечению его производства (задерживается корреспонденция, направляется повестка, осуществляется привод и др.). *Второй этап* связан с удостоверением в личности участников процесса, разъяснением им прав и обязанностей, задач и порядка проведения следственного действия. Удостоверение в личности возможно не только по документам, оно может быть осуществлено путем опознания, со слов или даже визуально (если следователь уже знаком с данным участником процесса). Свидетель, потерпевший

и специалист (если он дает показания) предупреждаются об уголовной ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний по ст. 307—308 УК РФ, а эксперт и переводчик — за дачу заведомо ложного заключения и заведомо неправильный перевод по ст. 307 УК РФ. *Третий этап* составляет осуществление познавательных приемов и операций, а на четвертом — фиксируются ход и результаты следственного действия.

Для всех следственных действий УПК выделяет общие приемы их проведения:

— недопустимость применения насилия, угроз и иных незаконных мер (ч. 4 ст. 164);

— недопустимость создания опасности для жизни и здоровья участников следственного действия и иных лиц (ч. 4 ст. 164);

— запрет действий, унижающих честь и достоинство (ст. 9); напрасно повреждающих имущество (ч. 6 ст. 182); разглашающих сведения из частной жизни (ч. 3 ст. 161, ч. 7 ст. 182);

— запрет наводящих вопросов (предусмотрен для некоторых следственных действий в ч. 2 ст. 189, ч. 7 ст. 193, ч. 2 ст. 194, ч. 1 ст. 275);

— применение технических средств и способов обнаружения и изъятия следов преступления и вещественных доказательств (ч. 6 ст. 164).

3. Третий элемент процессуальной формы следственных действий — это меры их обеспечения. Они служат в качестве гарантий их проведения. Нарушения процессуальных норм об основаниях, условиях и правилах производства следственных действий влекут негативные последствия. Для участников процесса это могут быть меры принуждения, штраф или даже уголовная ответственность. Для органов предварительного расследования в качестве основной санкции выступает утрата доказательственного значения результатов следственного действия, т.е. санкция ничтожности (ч. 2 ст. 50 Конституции РФ; ч. 3 ст. 7, ст. 75 УПК).

§ 2. ОСМОТР, ОСВИДЕТЕЛЬСТВОВАНИЕ, СЛЕДСТВЕННЫЙ ЭКСПЕРИМЕНТ

1. Следственный осмотр

Осмотр — это *непосредственное* восприятие и процессуальная фиксация участниками этого следственного действия *внешних признаков* объектов, к которым, как правило, имеется *свободный доступ*. Процессуальный закон использует термин «осмотр» (ст. 176—178 УПК), что свидетельствует о преимущественном применении метода визуального наблюдения. Однако при осмотре объекты воспринимаются всеми органами чувств. Так, в протоколе могут быть зафиксированы результаты прослушивания звукозаписи, температура объекта, наличие резкого запаха и т.п.

Перед следственным осмотром стоят три цели:

1. Обнаружение следов преступления (ст. 176). Следы здесь понимаются в широком смысле, в том числе к ним относятся предметы, обладающие признаками вещественных доказательств.

2. Выяснение других обстоятельств, имеющих значение для дела. Эта цель предполагает выяснение обстановки места осмотра, обнаружения трупа и т.д. Не является

целью осмотра обнаружение разыскиваемых лиц, так как это одна из специальных целей обыска.

3. Процессуальная фиксация признаков осматриваемых объектов (в том числе изъятие и упаковка обнаруженных следов преступления, отражение их в протоколе).

Основанием для проведения следственного осмотра являются сведения о том, что в результате обозрения объекта можно получить имеющую значение для дела информацию. Доступность объекта при осмотре сводит к минимуму необходимость применения здесь принудительных мер (оцепление, запрет дорожного движения в месте осмотра). Это позволяет проводить осмотр не только на основе уголовно-процессуальных доказательств, но и любых других данных (сообщений, сигналов, оперативно-розыскной информации и др.). Поэтому для производства осмотра не требуется вынесения специального постановления. Исключение составляет лишь принудительный осмотр жилища против воли проживающих в нем лиц (ч. 5 ст. 177). Ввиду своего минимально принудительного характера неотложный осмотр места происшествия может иметь место и до возбуждения уголовного дела (ч. 2 ст. 176).

Осмотр следует отличать от сходного с ним следственного действия — обыска. *Во-первых*, в отличие от обыска осмотр проводится лишь в тех случаях, когда отсутствует *опасность сокрытия следов преступления*. Напротив, при проведении обыска такая опасность всегда изначально существует. *Во-вторых*, осмотр в значительно меньшей степени, нежели обыск, ущемляет интересы граждан, так как представляет собой наблюдение объектов, к которым имеется свободный доступ, исключающий необходимость принудительных поисковых действий (вскрытия помещений и хранилищ вопреки воле их владельца). При проведении обыска такие принудительные действия могут производиться при отказе владельца добровольно открыть соответствующие помещения и хранилища (ч. 6 ст. 182). *В-третьих*, осмотр имеет более широкие цели, включая детальное исследование и фиксацию *обстановки* места происшествия, местности, жилища и т.д. Самая тонкая грань — та, которая отграничивает обыск от принудительного осмотра в жилище. Оба эти действия принудительны, угрожают конституционному праву личности на неприкосновенность жилища и потому проводятся по судебному решению. При угрозе сокрытия предметов оба действия могут быть проведены без предварительного решения суда (ч. 5 ст. 165). Если проживающие в помещении лица не дают согласия на проведение там следственного действия, но нет причин полагать, что это связано с их намерением сокрыть следы преступления (например, отказ объясняется нежеланием посвящать посторонних в детали своей частной жизни, тратить время на помощь следствию, негативным отношением к правоохранительным органам), то имеется основание для осмотра без согласия проживающих в помещении лиц (ч. 5 ст. 177). Когда же опасность сокрытия следов преступления этими лицами, с учетом обстоятельств дела, вероятно, имеется основание для проведения обыска.

Следственный осмотр следует отграничивать также от оперативного обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств (п. 8 ч. 1 ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности») и административных досмотра (ст. 27.7, 27.9 КоАП РФ) и осмотра (ст. 27.8 КоАП РФ), которые не имеют уголовно-процессуальной формы. Результаты оперативных и административных действий после их процессуального собирания в порядке ст. 86 УПК могут стать доказательствами в виде иных документов (ст. 84 УПК). Осмотр как са-

мостоятельное следственное действие необходимо отличать и от сходных с ним элементов других следственных действий (обозрение почтово-телеграфных отправок, изымаемых при обыске предметов, местности при проверке показаний).

При производстве следственного осмотра должны соблюдаться следующие правила:

1) обязательными участниками осмотра, за исключением случаев, указанных в ч. 3 ст. 170, являются понятые, представитель администрации организации, которой принадлежит осматриваемое помещение (ч. 6 ст. 177);

2) все имеющие значение для дела обстоятельства должны восприниматься всеми участниками осмотра непосредственно (лично) и во время либо сразу после обнаружения объекта (ч. 4 ст. 177). Недопустимо сначала осмотреть объект, а потом пригласить понятых лишь для того, чтобы они расписались в протоколе;

3) изъятию при осмотре подлежат только те предметы, которые имеют отношение к делу. Однако их относимость во время осмотра может устанавливаться и предположительно, в результате первоначальной оценки;

4) особенности фиксации результатов осмотра состоят в том, что в протоколе указываются условия наблюдения (время, погода, освещенность), а также его *объективные* результаты. Не допускаются произвольные выводы, умозаключения. Например, правильной будет запись о том, что обнаружена цепочка из желтого металла, а не золотая цепочка. В то же время профессиональные термины специалиста фиксируются в протоколе (например, медицинские термины при осмотре трупа). В протоколе осмотра могут быть записаны и результаты простейших экспериментальных действий (например, измерения температуры трупа). Важно зафиксировать в протоколе имеющиеся индивидуальные признаки изъятых предметов. Если для производства детального осмотра предметов требуется продолжительное время либо осмотр на месте затруднен по иным объективным причинам (например, ввиду плохих погодных условий), то предметы следует упаковать, опечатать, заверить подписями понятых и следователя на месте осмотра (ч. 3 ст. 177). Осмотр этих предметов должен быть проведен позднее (например, в кабинете следователя);

5) при изъятии предметов в ходе осмотра целесообразно копию протокола вручить их владельцам для обеспечения их права на обжалование действий следователя.

2. Виды следственного осмотра

Виды следственного осмотра различаются преимущественно по его объектам: осмотр места происшествия, осмотр местности, осмотр жилища, осмотр иного помещения, осмотр предметов и документов, осмотр трупа. На практике принято выделять еще и осмотр животных (которые не подпадают под буквальный смысл термина «предметы»).

Осмотр места происшествия предусмотрен ч. 2 ст. 176 УПК. Это единственное следственное действие, которое в неотложных случаях может быть проведено еще до вынесения постановления о возбуждении уголовного дела.

Местом происшествия обычно считается то место, где произошло интересующее расследование событие, например событие преступления, или оставлены какие-либо следы преступления. В этом смысле местом происшествия может быть любая местность, жилище, иное помещение. Представляется, что осмотр места происшествия

как разновидность осмотра выделяется не только и не столько по его объекту, сколько по другому критерию — *его неотложности*. Главное для проведения осмотра места происшествия — наличие неотложной ситуации, угрозы утраты следов преступления. Так, в судебном следствии также может быть проведен осмотр местности и помещения (ст. 287), которые вполне могут являться местом совершения преступления, местом обнаружения следов и которые во время предварительного расследования могли осматриваться как место происшествия. То есть один и тот же объект (например, квартира убитого) во время предварительного расследования является *местом происшествия*, а во время судебного следствия рассматривается просто как помещение. В судебном следствии никогда не может проводиться осмотр места происшествия, потому что всегда отсутствует неотложная ситуация. Кроме того, место происшествия, по общему правилу, должно быть доступно. Поэтому осмотр места происшествия не сопряжен с процессуальным принуждением. Таким образом, осмотр места происшествия определяется необходимостью неотложного исследования доступного объекта.

Из сказанного вытекают важные практические следствия:

1) под понятие осмотра *места происшествия* подпадает неотложный осмотр местности, помещений и жилища, а также осмотр предметов, трупа (если нет необходимости в эксгумации);

2) осмотр местности, жилища и иных помещений не является осмотром места происшествия и его нельзя проводить до возбуждения дела, когда: а) отсутствует неотложная следственная ситуация либо б) признаки объектов устанавливают не факт преступления (его следы), а иные подлежащие доказыванию обстоятельства, например осмотр места жительства несовершеннолетнего обвиняемого для выяснения его условий жизни и воспитания;

3) повторного осмотра места происшествия быть не должно. После первого осмотра обычно утрачивается неотложность ситуации, поэтому последующие осмотры являются уже осмотром местности, помещения, а не осмотром места происшествия;

4) жилище, иное помещение, охраняемый участок местности, которые по объекту являются местом происшествия при возражении или сопротивлении заинтересованных лиц не могут быть осмотрены до возбуждения дела, так как осмотр места происшествия непринудителен. При возражениях проживающих лиц осмотр жилища проводится по судебному решению (ч. 5 ст. 177 УПК). При сопротивлении владельцев иного помещения или участка местности может быть проведен принудительный обыск, а затем при необходимости фиксации внешней обстановки — осмотр. Чтобы обосновать применение процессуального принуждения необходимо располагать достаточными данными о наличии признаков преступления, которые и являются основанием для возбуждения дела (ч. 2 ст. 140 УПК)¹.

Детальное регулирование порядка осмотра места происшествия устанавливается ведомственными нормативными актами (например, выезд и обязанности участников следственно-оперативной группы). До осмотра места происшествия орган дознания

¹ Ранее процессуальный закон допускал производство принудительного осмотра жилища до возбуждения уголовного дела. Бланк постановления о производстве осмотра жилища в случаях, не терпящих отлагательства (приложение 84 к ст. 476 УПК), содержал ссылку на материалы не только уголовного дела, но и доследственной проверки (в порядке ст. 144). На основании Федерального закона от 05.06.2007 № 87-ФЗ ст. 476 утратила силу.

обеспечивает пресечение преступления, помощь пострадавшим, захват подозреваемых, установление очевидцев, охрану места происшествия.

Осмотр местности. Иногда понятие «местность» не совпадает с понятием «место происшествия» — когда на объекте осмотра отсутствуют следы преступления и это следственное действие преследует цель изучения обстановки: например, осматривается какое-либо иное место, названное обвиняемым, где он якобы находился в момент совершения преступления (алиби). В остальных случаях осмотр местности взамен осмотра места происшествия производится при отсутствии неотложной ситуации (например, осмотр местности в судебном следствии — ст. 287).

Осмотр жилища может быть связан с принуждением, поэтому особо регламентирован УПК (ч. 5 ст. 177). Процедура этого осмотра подчинена конституционному принципу неприкосновенности жилища (ст. 25 Конституции РФ). Жилище — это индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и используемое для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но используемое для временного проживания на законных основаниях (п. 10 ст. 5 УПК).

По общему правилу для осмотра жилища требуется согласие проживающих в нем лиц. Это согласие может быть получено в письменной или устной форме до начала осмотра. Устное согласие должно быть отражено в протоколе осмотра. При получении такого согласия осмотр жилища производится в общем порядке.

Возникает проблема, когда в одном жилище проживает несколько человек, одни из которых согласны на осмотр, а другие против этого возражают либо их согласие не получено (например, ввиду их отсутствия в данный момент в месте жительства). Например, родственники подозреваемого утверждают о совместном с ним проживании и дают согласие на осмотр жилища, а сам он выступает против осмотра. Представляется, что если хотя бы одно дееспособное проживающее в помещении лицо по своему согласию впустило в жилище следователя для проведения осмотра, то он презюмируется проведенным с согласия всех проживающих лиц при условии, что до начала осмотра не поступило явных возражений от остальных проживающих. Если же поступило хотя бы одно возражение, то осмотр считается производимым без согласия.

Осмотр жилища при возражениях проживающих в нем лиц является принудительным следственным действием, ограничивающим конституционное право граждан на неприкосновенность жилища. Из этого вытекают такие его особенности:

- 1) он производится по судебному решению, получаемому в порядке ст. 165 УПК;
- 2) основанием для производства подобного осмотра жилища должны быть уголовно-процессуальные доказательства;
- 3) при производстве осмотра жилища без согласия проживающих в нем лиц без судебного решения копия протокола осмотра должна быть вручена этим лицам по их требованию. Это обеспечивает их право на обжалование действий следователя.

Осмотр иного (нежилого) помещения связан с необходимостью обеспечения присутствия представителя администрации организации, владеющей данным помещением (ч. 6 ст. 177).

Осмотр следов преступления и иных предметов и документов по общему правилу проводится в рамках того следственного действия, в процессе которого они обнаружены (ч. 2 ст. 177). Такой осмотр не является самостоятельным следственным дей-

ствием и как часть обыска, выемки, осмотра места происшествия фиксируется в соответствующем протоколе. В качестве самостоятельной разновидности следственного осмотра осмотр предметов и документов проводится в кабинете следователя (ч. 3 ст. 177) при затруднениях для осмотра на месте: большое количество предметов, плохие погодные условия, ночное время, необходимость привлечения к осмотру отсутствующего в данный момент специалиста, отсутствие нужного оборудования (скажем, для просмотра изъятых видеокассет). Самостоятельный осмотр предметов требуется и в том случае, если они были собраны не в ходе следственных действий, а путем представления или истребования (ст. 86 УПК).

Специальная цель осмотра предметов — обеспечение их дальнейших исследований (например, экспертных). По этой причине особое внимание закон уделяет изъятию, упаковке и удостоверению предметов (ч. 3 ст. 177). В протоколе должны быть указаны: место обнаружения предметов, по возможности их индивидуальные признаки и во всяком случае — способы упаковки предметов и их удостоверение (например, наличие подписи следователя и понятых на упаковке, печати). Сомнение в том, что данный предмет является именно тем, который был изъят с места происшествия, трудно опровержимы и обычно влекут утрату ими доказательственного значения. Из специальной цели осмотра предметов вытекает необходимость его производства до их экспертного исследования. В результате осмотра предмета дополнительно выясняется необходимость назначения экспертизы.

Осмотр трупа может быть частью осмотра места происшествия (и быть проведен до возбуждения дела), местности, жилища или иного помещения. Осмотр трупа как самостоятельное следственное действие производится, когда на месте обнаружения его осмотреть не удалось (например, труп уже увезли в морг) или когда труп обнаружен в результате обыска (ч. 16 ст. 182), извлечен из места захоронения. Об осмотре трупа может быть составлен отдельный протокол.

В любом случае при осмотре трупа должны быть соблюдены следующие специальные правила (ст. 178):

- 1) обязательное участие в нем специалиста в области судебной медицины, а при невозможности его участия — иного врача;
- 2) применение технических средств фиксации (фотографирование, дактилоскопирование) при осмотре неопознанного трупа;
- 3) запрет на кремирование неопознанного трупа;
- 4) наличие специальной меры принуждения, обеспечивающей осмотр трупа, — *эксгумации* (извлечение трупа из места его официального захоронения). Об эксгумации выносится мотивированное постановление, о чем уведомляются близкие родственники или (в отсутствие первых) родственники покойного. При их возражении эксгумация производится по судебному решению, которое выносится в порядке, предусмотренном ст. 165.

Эксгумация сама по себе не является следственным действием, обеспечивая лишь последующее производство осмотра трупа, предъявление его для опознания, экспертного исследования. Поэтому обстоятельства эксгумации обычно фиксируются в протоколе осмотра.

В целях соблюдения прав и законных интересов родственников покойного их целесообразно заблаговременно уведомлять копией мотивированного постановления об

эксгумации. Учитывая, что УПК не относит эксгумацию к числу неотложных процессуальных действий (ч. 5 ст. 165), без судебного разрешения эксгумацию можно проводить: а) при отсутствии у покойного родственников; б) при получении согласия родственников (например, в виде отметки на постановлении об эксгумации); в) при наличии данных о том, что родственники извещены об эксгумации и не выразили возражений в течение достаточного времени (расписка в получении ими заказного письма с копией постановления об эксгумации).

Расходы, связанные с эксгумацией и последующим захоронением трупа, относятся к процессуальным издержкам (сначала возмещаются за счет бюджета, а затем могут быть взысканы с осужденного).

3. Освидетельствование

Освидетельствование — это следственное действие, состоящее в осмотре подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего или свидетеля для обнаружения на их теле: а) следов преступления; б) особых примет; в) телесных повреждений; г) выявления состояния опьянения; д) иных свойств и признаков, имеющих значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 179 УПК).

Следами преступления могут быть такие обстоятельства, как наличие телесных повреждений: царапин, ран, гематом; пятен крови, частиц волос, микрочастиц и др. К числу особых примет относятся физиологические дефекты, родимые пятна, татуировки, рубцы, следы операций и др.

Представляется, что обнаружение телесных повреждений не является самостоятельным предметом освидетельствования, так как относящиеся к делу телесные повреждения обычно предстают или в виде особых примет (например, отсутствие пальца на руке обвиняемого), или в виде следов преступления (травмы потерпевшего).

Если искомые свойства и признаки лица не могут быть выявлены посредством освидетельствования и требуют проведения специальных самостоятельных исследований (в том числе с взятием на анализ крови, волос и т.д.), назначается судебная экспертиза.

УПК РФ допускает проведение освидетельствования для выявления состояния опьянения. Однако следует учитывать, что состояние опьянения является внутренним, порой достаточно скрытым свойством, которое иногда недоступно непосредственному наблюдению — основному методу любого осмотра. Установление состояния и степени опьянения может нуждаться в применении самостоятельного исследования на основе специальных медицинских познаний. Так, в наркологии существует достаточно сложная методика выявления опьянения, в том числе с отбором образцов для исследования и использованием специальных приборов. С помощью процессуального освидетельствования можно установить лишь некоторые признаки опьянения (запах алкоголя, следы от инъекций и т.п.), но сделать достоверный вывод о факте опьянения, о его виде и степени, не допуская при этом подмены экспертизы, порой довольно трудно. В подобных сложных случаях участие врача-нарколога в процессуальном освидетельствовании не может заменить экспертизу, а является лишь подготовительным действием к ее проведению. Вместе с тем освидетельствование явного состояния опьянения, не требующее самостоятельных исследований, может иметь значение, например, для подкрепления результатов оценки следователем показаний такого лица как недостоверных.

В качестве иных свойств и признаков, имеющих значение для уголовного дела, могут выступать внешние признаки освидетельствуемого лица, которые не являются особыми приметами, например, рост, вес, цвет волос. Это может быть необходимо, в частности, для проведения в дальнейшем следственного эксперимента.

Процессуальное освидетельствование (как следственное действие) необходимо отличать от судебно-медицинского (или медицинского — ст. 27.12 КоАП РФ) освидетельствования, которое проводится для определения степени тяжести вреда здоровью, состояния опьянения. Судебно-медицинское освидетельствование является непроцессуальным исследованием и регламентировано законодательством о здравоохранении. Акт судебно-медицинского освидетельствования или протокол является таким видом доказательств, как заключение специалиста (ч. 3 ст. 80).

Специфический объект осмотра — тело живого человека — обуславливает особые условия и порядок данного следственного действия, связанный с гарантиями права граждан на личную неприкосновенность.

Основанием для проведения освидетельствования служат сведения (часто предположительные) о наличии на теле человека следов, иных свойств и признаков, которые требуется установить. Иными условиями для производства освидетельствования являются:

— отсутствие оснований для назначения судебной экспертизы, т.е. необходимости в специальном и самостоятельном исследовании. В частности, недопустимо путем освидетельствования устанавливать характер и степень вреда, причиненного здоровью; психическое состояние, возраст освидетельствуемого. Для этого обязательно назначение судебной экспертизы (ст. 196);

— получение согласия свидетеля на его освидетельствование. Исключение составляет «необходимость оценки достоверности показаний свидетеля», когда освидетельствование свидетеля может проводиться без его согласия (ч. 1 ст. 179). Так, для оценки достоверности показаний свидетеля может оказаться необходимым выявление состояния его опьянения в момент допроса.

Уголовно-процессуальный закон выделяет следующие особенности производства освидетельствования:

1) освидетельствование может быть проведено лишь после вынесения постановления о возбуждении уголовного дела, но до получения согласия прокурора на возбуждение дела (ч. 4 ст. 146);

2) необходимо вынесение мотивированного постановления о проведении освидетельствования (для контроля за обоснованностью принуждения);

3) ввиду принципа уважения чести и достоинства граждан (ст. 21 Конституции РФ, ст. 9 УПК) освидетельствование, связанное с обнажением, производится только в присутствии лиц одного пола с освидетельствуемым лицом (это правило не распространяется на врача). Вместо следователя другого пола освидетельствование производится врачом;

4) при освидетельствовании, связанном с обнажением, технические средства фиксации изображения применяются только при согласии освидетельствуемого;

5) при производстве освидетельствуемого не обязательно участие понятых (ч. 1 ст. 170), однако в силу использования объективного метода наблюдения их участие целесообразно и может быть обеспечено по ходатайству заинтересованных лиц или по инициативе следователя.

Изъятие в ходе освидетельствования объектов (например, смыва крови, подногтевого вещества) и фиксация хода и результатов производятся по общим правилам осмотра.

4. Следственный эксперимент

Следственный эксперимент — это следственное действие, состоящее в проведении специальных опытов в целях проверки и уточнения данных, имеющих значение для уголовного дела (ст. 181 УПК). Цели следственного эксперимента указывают на его важную особенность — он является специальным проверочным следственным действием. Для его проведения уже необходимо иметь подлежащие проверке доказательства. Поэтому он не относится к числу неотложных и первоначальных следственных действий.

Содержание данного следственного действия составляют экспериментальные, исследовательские действия, однако не связанные с самостоятельным использованием специальных познаний (см. об этом § 5 настоящей главы). В этом состоит отличие эксперимента от экспертизы, и это является его специальным условием. Как и при производстве других следственных действий, во время следственного эксперимента запрещено создавать опасность для здоровья, унижать достоинство, повреждать имущество.

Для получения надежных результатов целесообразно использовать неоднократные повторения опытных действий с изменением каких-либо их параметров.

Следственный эксперимент как моделирование должен быть подчинен общему правилу — точности воссоздания условий, при которых происходили проверяемые действия или события. Модель объективно отражает лишь некоторые признаки объекта-оригинала. В зависимости от этих проверяемых признаков определяется и степень точности воссоздания условий (субъект действия, время, место, освещение и др.). Степень точности воссоздания модели является важнейшим критерием для оценки достоверности результатов эксперимента.

Выделяется несколько видов следственного эксперимента, которые по содержанию можно объединить в две группы:

- состоящие в воспроизведении действий;
- состоящие в реконструкции событий.

По целям первая группа делится на эксперименты по установлению возможности: а) восприятия какого-либо факта в определенных условиях (например, мог ли свидетель видеть, слышать с такого-то расстояния); б) совершения определенного действия (мог ли обвиняемый проникнуть в помещение через форточку и вынести такой объем вещей за определенное время); в) совершения действий, требующих специальных навыков (мог ли подозреваемый завязать морской узел; обвиняемый изготовить наркотик с помощью данного оборудования и т.п.).

Вторая группа экспериментов, состоящих в реконструкции событий, проводится для установления: а) возможности наступления какого-либо явления или факта (например, может ли за данное время образоваться ржавчина на представленном железном предмете); б) механизма события в целом или отдельных его деталей (влекли ли определенные действия расщепление монтажного пояса); в) механизма образования следов (какие инструменты, изъятые у обвиняемого, оставляют сходные следы взлома)¹.

¹ Подробнее о видах следственного эксперимента см.: *Белкин Р.С.* Теория и практика следственного эксперимента. М., 1959. С. 43; *Белкин Р.С., Белкин А.Р.* Эксперимент в уголовном судопроизводстве. М., 1997. С. 33—34.

Обязательными участниками данного следственного действия являются понятые (ст. 170).

§ 3. ОБЫСК. ВЫЕМКА. НАЛОЖЕНИЕ АРЕСТА НА ПОЧТОВО-ТЕЛЕГРАФНЫЕ ОТПРАВЛЕНИЯ. КОНТРОЛЬ И ЗАПИСЬ ПЕРЕГОВОРОВ

1. Обыск

Обыск представляет собой процессуальный *принудительный поиск*, осуществляемый в определенном месте, находящемся в законном владении определенного лица, с целью обнаружения, изъятия и фиксации *предметов и документов*, которые могут иметь значение для дела, а также *разыскиваемых лиц и трупов* (ст. 182, 184 УПК).

Принудительный характер поиска при обыске объясняется наличием *опасности сокрытия* искомых предметов и документов, что отличает его от следственного осмотра (см. об этом § 2 настоящей главы), а также добровольной выдачи (ч. 5 ст. 182).

Обыск необходимо ограничивать от осмотра и по конечным *целям*. Хотя цели обыска частично и совпадают с целями осмотра, но все же отличаются от них. Как и осмотр, обыск в конечном счете предназначен для обнаружения, фиксации и изъятия объектов, имеющих значение для уголовного дела. Однако при обыске объектами поиска являются предметы, документы (в том числе орудия преступления и ценности), трупы, тогда как при осмотре могут устанавливаться, кроме того, следы преступления (например, отпечатки пальцев) и обстановка места происшествия¹. В отличие от осмотра целью обыска может быть и обнаружение разыскиваемых живых лиц (ч. 16 ст. 182).

Факультативно обыск может отличаться от осмотра и по *месту проведения*. Обыск по общему правилу производится в месте или помещении, которое находится в *законном (титულном) владении*² определенного физического, юридического лица или государственного органа, в то время как осмотр может проводиться как в титульном владении (например, в жилище), так и в месте, у которого нет конкретного владельца (например, на улице населенного пункта; в лесном массиве, не находящемся в чьей-либо частной собственности, в заброшенном бесхозном строении), либо владении, которое является беститульным. При этом сомнения в законном характере владения должны толковаться в пользу фактического владельца, у которого в этом случае проводится не осмотр, а обыск (при условии, если есть опасность сокрытия искомых объектов). Однако если предмет, выступающий в качестве хранилища и находящийся в чьей-либо собственности, *выбыл из владения* собственника в результате противо-

¹ Подробно об этом см.: Ратинов А.Р. Обыск и выемка. М., 1961. С. 11—15. При проведении обыска, так же как и при осмотре, может фиксироваться *окружающая обстановка*, однако не с целью восстановления общей картины происшествия, а только для выяснения обстоятельств обнаружения, хранения и изъятия искомых объектов. При необходимости принудительного поиска места происшествия (например, места убийства в одной из квартир) необходимо сначала произвести обыск, а затем осмотр места происшествия.

² Титульное владение — владение, основанное на каком-либо праве. В отличие от этого беститульное (фактическое) владение не основывается на каком-либо правовом основании (см.: Большой юридический словарь. М.: ИНФРА-М, 1997. С. 694).

правных действий (например, угона судна или автомобиля), то должен производиться осмотр, а не обыск, ибо признак титульного *владения* здесь отсутствует. В качестве примера можно привести осмотр с целью обнаружения в угнанной машине оружия и взрывчатых веществ после задержания пользовавшихся ею террористов.

Поисковый характер обыска связан с тем, что перед началом этого следственного действия орган предварительного расследования не имеет точной информации о том, действительно ли в данном месте или у данного лица находятся искомые объекты, либо о том, где конкретно они сокрыты. Это отличает обыск от сходного с ним следственного действия — выемки. Обыск производится при наличии лишь вероятностных данных о местонахождении искомого объекта. Для проведения выемки нужно точно (достоверно) знать, где и у кого находится искомый предмет (ч. 1 ст. 183), поэтому проведения поисковых действий при выемке не требуется.

Итак, основаниями для производства обыска являются достаточные данные о том, что:

- в чем-либо законном (титульном) владении могут находиться объекты, имеющие значение для уголовного дела (предметы и документы, живые разыскиваемые лица или трупы);

- существует опасность (вероятность) сокрытия или уничтожения этих объектов.

При выдвижении предположения о местонахождении искомых объектов в целях проведения обыска могут учитываться не только доказательства, но и непроцессуальная информация (например, результаты оперативно-розыскных мероприятий, иные сигналы). Однако следует помнить, что обыск затрагивает ключевые конституционные права человека на неприкосновенность жилища, личную неприкосновенность, право собственности, в связи с чем одна только непроцессуальная информация, без наличия уголовно-процессуальных доказательств, не может обосновать его проведение. Представляется, что только доказательствами может обосновываться (хотя и на вероятностном уровне) предположение о том, *у кого* могут находиться искомые объекты, в то время как предположение о том, *где* именно они находятся в данном помещении или на участке местности, может базироваться как на доказательствах, так и на оперативно-розыскной или иной непроцессуальной информации, а также просто на следственном опыте.

Обыск следует отличать от схожих с ним административных действий: досмотра вещей, личного досмотра (ст. 27.7 КоАП РФ), досмотра транспортного средства (ст. 27.9 КоАП РФ), изъятия вещей и документов (ст. 27.10 КоАП РФ), результаты которых для уголовного дела могут иметь значение *иных документов* (ст. 84 УПК).

Процессуальный закон для производства обыска требует вынесения постановления (ч. 2 ст. 182 УПК), что объясняется необходимостью контроля над этой принудительной мерой. Согласно п. 5, 6 ч. 2 ст. 29, ч. 3 ст. 182 личный обыск¹, а также обыск в жилище должен производиться на основании *судебного решения*.

Буквальное толкование ч. 2 ст. 29 и ст. 182 позволяет прийти к неверному, на наш взгляд, выводу, что только личный обыск и обыск в жилище производятся по судеб-

¹ За исключением личного обыска при задержании лица или заключении его под стражу, а также при наличии достаточных оснований полагать, что лицо, находящееся в помещении или ином месте, в котором производится обыск, скрывает при себе предметы или документы, которые могут иметь значение для уголовного дела (п. 6 ч. 2 ст. 29, ст. 93, ч. 2 ст. 184 УПК).

ному решению (ч. 3 ст. 182), а все остальные без исключения виды обыска не требуют дополнительных санкций. Закон не содержит и прямого требования о необходимости получать *согласие руководителя следственного органа или прокурора* на какой-либо вид обыска. В то же время процессуальные нормы и гарантии надо рассматривать с учетом их целей (телеологическое толкование), причем так, чтобы их буквальное толкование не приводило к явным противоречиям (абсурду). Так, следует принять во внимание то обстоятельство, что обыск по меньшим основаниям и серьезнее ограничивает права граждан, чем выемка. В то же время некоторые виды выемки требуют судебного решения (выемка предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну, предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях, а также вещей, заложенных или сданных на хранение в ломбард — п. 5.1, 7 ч. 2 ст. 29, ч. 3 ст. 183). Но в тех же случаях, если исходить из буквального толкования закона, обыск производится без всякого разрешения или санкции, к тому же не на достоверном (как это требуется для выемки), а всего лишь на вероятностном основании. Тогда особое санкционирование выемки теряло бы всякий смысл. В самом деле, зачем следователю обосновывать в суде доказательствами необходимость выемки банковских документов, если он вместо этого может произвести обыск в кредитном учреждении и изъять их без какого-либо разрешения? Это явное противоречие дает основание для расширительного толкования норм, содержащихся в п. 5.1, 7 ч. 2 ст. 29 и ч. 3—4 ст. 183.

Согласно такому толкованию принудительное изъятие (не только при выемке, но и при обыске) предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну или информацию о вкладах и счетах в банках и иных кредитных организациях, а также вещей, заложенных или сданных на хранение в ломбард, нуждается, по нашему мнению, в судебном разрешении.

Обыск производится по общим правилам проведения следственных действий (см. § 1 настоящей главы), однако его процедура имеет и ряд особенностей:

1) следователь начинает обыск с предъявления постановления, а в необходимых случаях — и судебного решения на постановление;

2) до начала поисковых действий следователь предлагает добровольно выдать искомые объекты и предметы, изъятые из оборота¹;

3) во время обыска на присутствующих лиц могут быть возложены дополнительные ограничения: запрет покидать место обыска, общаться друг с другом или иными лицами;

4) в ходе обыска производится изъятие предметов, относящихся к делу. Дополнительно безвозмездно изымаются предметы, полностью запрещенные к обращению, а также предметы, изъятые из гражданского оборота (см. о них § 4 гл. 7 учебника). Изъятию в ходе обыска подлежат и государственные награды обвиняемого (если он обвиняется в таком преступлении, за которое возможно лишение наград);

¹ Согласно примечаниям к ст. 222 и 228 УК РФ (в ред. от 08.12.2003 г.) не признается добровольной сдачей изъятие наркотиков или оружия во время производства обыска и, следовательно, не освобождает от уголовной ответственности. Однако следует учесть, что добровольная сдача может начаться раньше обыска и повлечь освобождение от уголовной ответственности вне зависимости от способа фактического изъятия оружия или наркотиков. Например, гражданин по телефону заявляет в милицию о своем желании добровольно сдать оружие, которое затем изымается в ходе обыска.

5) в ходе обыска принимает участие значительное количество его обязательных участников. *Во-первых*, это лицо, в помещении которого производится обыск, либо совершеннолетние члены его семьи, либо его представитель. Производство обыска в отсутствие указанных лиц является существенным нарушением закона (ч. 3 ст. 7), влекущим недопустимость полученных результатов¹. Если в силу неотложной ситуации участие указанных лиц обеспечить невозможно, то целесообразно пригласить представителя жилищно-эксплуатационной организации или местного самоуправления. Решение о производстве обыска в отсутствие представителей владельцев должно быть мотивированно отражено в протоколе. *Во-вторых*, обязательными участниками обыска являются понятые. Все поисковые действия должны вестись в присутствии понятых и других участвующих лиц. Понятые должны наблюдать процесс обнаружения и изъятия каждого предмета или документа. Если поиск ведется одновременно несколькими группами, то при каждой из них должны присутствовать не менее двух понятых. *В-третьих*, следователь не вправе отказать в присутствии при производстве обыска защитнику (п. 5 ч. 1 ст. 53) или *адвокату* владельца обыскиваемого объекта (ч. 11 ст. 182). С учетом официального толкования Конституции РФ, данного в Постановлении Конституционного Суда РФ от 27.06.2000 № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. И. Маслова», лицо, в отношении которого проводится обыск с целью уличения его в совершении преступления, обладает *правом на защиту*, так как находится в положении подозреваемого в конституционном смысле слова. Поэтому его адвокат должен обладать правами защитника (ч. 2 ст. 53 УПК);

6) при обыске должны приниматься специальные меры по сохранению тайны частной жизни лица, у которого проводится обыск, его личной, семейной тайны, а также обстоятельств частной жизни других лиц: от присутствующих лиц взята подписка о неразглашении данных предварительного расследования (ч. 2 ст. 161); удалены посторонние (например, журналисты); процессуальной фиксации должны быть подвергнуты только относящиеся к делу обстоятельства.

При обыске специально запрещено без необходимости повреждать имущество (ч. 6 ст. 182). Не вызванное необходимостью повреждение имущества влечет дисциплинарную, гражданско-правовую, а в некоторых случаях и уголовную ответственность;

7) фиксация хода и результатов обыска производится по общим правилам, т.е. в протоколе в соответствии со ст. 166, 167. Однако особенно важно, чтобы местоположение и обстоятельства обнаружения предметов, их индивидуальные признаки, при необходимости — упаковка, наличие на ней печати следователя и подписей понятых были подробно указаны в протоколе обыска. В нем фиксируются все юридически значимые обстоятельства обыска (выдан ли предмет добровольно, поведение обыскиваемых, принятые меры, заявления и замечания присутствующих). Копия протокола обыска (в том числе копия описи изъятых предметов) вручается представителю владельца объекта обыска под расписку на оригинале протокола;

8) особой гарантией соблюдения при обыске прав и законных интересов граждан является возможность обжалования постановления о производстве обыска и его результатов непосредственно в суд, что прямо было отмечено в Постановлении Конституционного Суда РФ от 23.03.99 № 5-П.

¹ См. постановление Президиума ВС РФ № 969п-02 по делу Протасова.

Виды обыска выделяются по различным критериям. Процессуальными особенностями обладают личный обыск (ст. 184), обыск в неотложной ситуации (ст. 157; ч. 5 ст. 165), обыск в жилище (ч. 3 ст. 182), в ином помещении или участке местности, обыск в отношении лиц, обладающих иммунитетом (ч. 2 ст. 3, ч. 3 и 4 ст. 450).

Личный обыск состоит в поиске и изъятии относящихся к уголовному делу предметов и документов, находящихся у подозреваемого или обвиняемого — в его одежде, среди имеющихся при нем вещей, а также на его теле (ст. 184). Дополнительной целью личного обыска подозреваемого и обвиняемого, помещаемого под стражу, является обнаружение и изъятие предметов, запрещенных к хранению и использованию в местах содержания под стражей.

Основаниями для производства личного обыска служат данные, указывающие на нахождение искомых предметов и документов у подозреваемого или обвиняемого. Представляется, что в тех случаях, когда личный обыск производится по судебному решению, основанием для него должны быть только уголовно-процессуальные *доказательства*. Однако по смыслу закона в неотложных случаях, а именно: а) при задержании подозреваемого или заключении его под стражу; б) при личном обыске лица, находящегося в месте, где производится обыск, по подозрению, что оно скрывает при себе предметы или документы, которые могут иметь значение для дела (ч. 2 ст. 184), основанием для личного обыска (как исключение из общего правила) могут быть не только доказательства, но, соответственно, и требование закона (юридическое основание) предварительно обыскивать всякое лицо, заключаемое под стражу¹, или результаты непосредственного наблюдения за поведением лиц, присутствующих при обыске помещения или иного места.

Особенности личного обыска состоят в следующем:

1) личный обыск ограничивает конституционное право на личную неприкосновенность (ч. 1 ст. 23 Конституции РФ) и потому, как правило, производится по судебному решению, получаемому в порядке ст. 165 УПК. Исключение составляют личный обыск перед помещением под стражу, личный обыск лица, проводимый в уже обыскиваемом помещении (ч. 2 ст. 184) и личный обыск в неотложных ситуациях (ч. 5 ст. 165);

2) при личном обыске присутствуют только лица одного пола с обыскиваемым. По аналогии с освидетельствованием (ч. 4 ст. 179 УПК) это требование не распространяется на специалиста — врача, если тот привлечен к участию в данном следственном действии;

3) личный обыск может быть связан с проникновением в полости организма. При этом особое внимание необходимо обращать на недопустимость создания опасности для здоровья обыскиваемого, а также соблюдение запрета принудительных медицинских опытов (ст. 21 Конституции РФ). В частности, проникновение в полости организма недопустимо, если это требует хирургического вмешательства, причиняет физическую боль (при отсутствии согласия обыскиваемого) или иным образом связано с каким-либо реальным риском для здоровья и жизни лица.

¹ Согласно ст. 34 Федерального закона от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» подозреваемые и обвиняемые подвергаются обязательному личному обыску, дактилоскопированию и фотографированию. Помещения, в которых они размещаются, подвергаются обыску, а их вещи, передачи и посылки — досмотру.

2. Выемка

Выемка — это следственное действие, состоящее в процессуальном принудительном изъятии имеющих значение для дела определенных предметов и документов, когда точно известно, где и у кого они находятся (ст. 183 УПК).

Фактическими основаниями для производства выемки служат:

— нахождение *определенного* предмета или документа, имеющего значение для уголовного дела, *в фактическом владении определенного лица* (в данном помещении, ином месте, при нем или на нем);

— наличие *опасности сокрытия или уничтожения* данного предмета или документа;

— отсутствие необходимости их *поиска органами предварительного расследования*.

Последние две группы обстоятельств могут устанавливаться как доказательствами, так и иными данными (в том числе с помощью непосредственного восприятия следователем или дознавателем, оперативно-розыскной информацией и даже следственным опытом). Что же касается первой группы обстоятельств — нахождения определенного предмета или документа, имеющего значение для уголовного дела, в фактическом владении определенного лица, то это обстоятельство должно быть, на наш взгляд, достоверно доказанным, т.е. точно установленным с помощью уголовно-процессуальных доказательств. Это объясняется тем, что существование именно этих обстоятельств оправдывает возможность ограничения конституционных прав на неприкосновенность жилища, личности и частной собственности, поэтому к их установлению следует подходить особенно тщательно.

Как и в случае обыска, для проведения выемки владение каким-либо лицом помещением, участком местности или иным местом, где производится это следственное действие, должно быть, как правило, *титულным* — основанным на праве, в противном случае достаточно осмотра. Так, например, если после задержания подозреваемого в заброшенном бесхозном строении требуется изъять обнаруженные там похищенные вещи и т.п., проведение выемки избыточно и следует ограничиться осмотром места происшествия. Однако в то же самое время изъятие похищенных вещей, одетых на подозреваемом, требует проведения их выемки, ибо при этом ограничивается право личной неприкосновенности (титульное владение человеком своим телом и тем, что на нем одето).

Когда нет опасности сокрытия предметов, производство выемки может быть необязательно. Определенные предметы, если точно известно, где они находятся, могут быть получены путем истребования (ч. 4 ст. 21). Истребование предметов и документов не является следственным действием, т.е. оно не обеспечено возможностью принудительного производства и не имеет детальной законодательной регламентации. Истребование оформляется запросом (требованием) следователя и может применяться при одновременном соблюдении следующих условий: а) нет опасности в сокрытии предмета и документа, а значит, и необходимости в принуждении (можно полагать, что необходимый предмет или документ будут передан добровольно); б) само местонахождение предмета не имеет доказательственного значения. Например, похищенные вещи изъяты в административном порядке и находятся в дежурной части милиции; в больнице находится одежда пострадавшего со следами крови, при этом администрация больницы и сам пострадавший согласны представить одежду и они

не заинтересованы в ее сокрытии и т.п. Выемку вместо истребования следует производить, когда, возможно, понадобится применение принуждения (предмет не выдают или он может быть спрятан или уничтожен) либо доказательственное значение имеет сам фиксируемый в протоколе факт нахождения предмета в данном месте, например наркотических средств в лаборатории по делу о нарушении правил их хранения.

Порядок производства выемки такой же, как и при обыске.

По общему правилу выемка не требует специального дополнительного разрешения (согласования). Однако из этого правила имеется широкий круг исключений.

По судебному решению производится выемка:

- 1) в жилище;
- 2) предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну;
- 3) предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях;
- 4) вещей, заложенных или сданных на хранение в ломбард;
- 5) почтово-телеграфных отправок (ч. 2 ст. 185 УПК). По судебному решению должна производиться выемка не только почтово-телеграфных отправок, но и *иных сообщений*, например пейджинговых, электронной почты, что вытекает из содержания ст. 23 Конституции РФ;
- 6) документов, содержащих адвокатскую или аудиторскую тайну¹.

Государственная тайна, согласно ст. 2 Закона РФ от 21.07.93 г. «О государственной тайне», — это защищаемые государством сведения в области его военной, внешнеполитической, экономической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, распространение которых может нанести ущерб безопасности Российской Федерации². Выемку документов, содержащих сведения, являющиеся государственной тайной, целесообразно проводить в порядке, согласованном с руководителем соответствующего учреждения, отвечающего за соблюдение этой тайны. *Иная охраняемая федеральным законом тайна* — информация ограниченного доступа (ст. 5 и 9 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»)³.

Федеральными законами предусмотрены следующие виды тайн (информации ограниченного доступа):

- 1) тайна частной жизни, личная, семейная тайна (ч. 1 ст. 23 Конституции РФ);
- 2) адвокатская тайна (ч. 3 ст. 8 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»);

¹ Ограничение только по судебному решению этих видов тайн предусмотрено федеральными законами: от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (ч. 3 ст. 8) и от 07.08.2001 № 119-ФЗ «Об аудиторской деятельности» (п. 4 ст. 8). Как указал Конституционный Суд РФ, несмотря на то что УПК РФ не требует судебного разрешения на выемку таких документов, применению подлежат указанные выше законы, потому что они специально предназначены для регулирования соответствующих отношений (см. определения Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 № 439-О и от 02.03.2006 № 54-О).

² Перечень сведений, составляющих государственную тайну, определен Указом Президента РФ от 30.11.95 № 1203 «Об утверждении Перечня сведений, отнесенных к государственной тайне».

³ Российская газета. 29.07.2006 г.

3) аудиторская тайна (ст. 8 Федерального закона от 7.08.2001 г. «Об аудиторской деятельности»);

4) банковская тайна (ст. 857 ГК РФ; ст. 183 УК РФ; ст. 26 Закона РФ от 02.12.90 г. «О банках и банковской деятельности»);

5) врачебная или медицинская тайна (ст. 61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22.07.93 г.; ч. 2 ст. 15 СК РФ; ст. 9 Закона РФ от 02.07.92 г. «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»);

6) коммерческая или производственная тайна (ст. 139 ГК РФ; ст. 183 УК РФ; Федеральный закон от 29.07.2004 г. «О коммерческой тайне»);

7) налоговая тайна (ст. 102 НК РФ; ст. 183 УК РФ);

8) профессиональная тайна (подлежит защите в случаях, если федеральный закон предусматривает конфиденциальность такой информации (ст. 9. Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»);

9) служебная тайна (ст. 139 ГК РФ);

10) тайна архива (ст. 25 Федерального закона от 22.10.2004 г. «Об архивном деле в Российской Федерации»);

11) тайна голосования на выборах или референдуме (ст. 7 Федерального закона от 19.09.97 г. «Об основных гарантиях избирательных прав граждан и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»; ст. 142 УК РФ);

12) тайна завещания (ст. 1123 ГК РФ);

13) тайна закрытого ключа электронной цифровой подписи (ст. 12 Федерального закона от 10.01.2002 № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи»);

14) тайна исповеди (ст. 3 Федерального закона от 26.09.97 г. «О свободе совести и о религиозных объединениях»);

15) тайна источника информации средства массовой информации или редакционная, журналистская тайна (ст. 41 Закона РФ от 27.12.91 г. «О средствах массовой информации»). Об этом см. комм. к ст. 144;

16) тайна кредитной истории (Федеральный закон от 30.12.2004 № 218-ФЗ «О кредитных историях»);

17) тайна объектов транспортной безопасности (ст. 5, 9, 11 Федерального закона от 09.02.2007 № 16-ФЗ «О транспортной безопасности»);

18) тайна персональных данных граждан (ст. 7 Федерального закона от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных»; ст. 86 ТК РФ; ст. 12 Федерального закона от 15.11.97 № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния»);

19) тайна показателей и данных спортсмена (ч. 3 ст. 23¹ Федерального закона от 29.04.99 № 80-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»);

20) тайна предварительного расследования (ч. 9 ст. 166, ст. 161 УПК);

21) тайна сведений о лице, в отношении которого применены меры государственной защиты (ст. 9, 21 Федерального закона от 20.08.2004 г. «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства»);

22) тайна совершения нотариальных действий (ст. 16, 27 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11.02.93 г.);

23) тайна совещательной комнаты (ст. 298, 341 УПК; ст. 194 ГПК РФ; ст. 167 АПК РФ);

24) тайна страхования (ст. 946 ГК РФ, ч. 2 ст. 25 Федерального закона от 25.04.2002 № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств»);

25) тайна усыновления (ст. 139 СК РФ, ст. 155 УК РФ);

26) тайна членства в политической партии (ч. 6 ст. 19 Федерального закона от 11.07.2001 № 95-ФЗ «О политических партиях»).

Кроме того, процессуальными особенностями обладает выемка в неотложной ситуации (ст. 157, ч. 5 ст. 165 УПК); выемка у лиц, обладающих дипломатическим или служебным иммунитетом (ч. 2 ст. 3, ст. 450 УПК).

Постановление о производстве выемки и ее результаты могут быть обжалованы руководителю следственного органа или в суд.

3. Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка

Данное следственное действие регламентировано ст. 185 УПК и, по существу, является особой разновидностью выемки. Оно состоит из двух относительно самостоятельных, но взаимосвязанных элементов: а) наложения ареста на почтово-телеграфные отправления и б) их осмотра и выемки. Наложение ареста в данном случае является принудительной мерой, обеспечивающей последующее следственное действие — выемку. Особенности такого следственного действия подчинены обеспечению конституционного права граждан на тайну переписки и иных сообщений (ч. 2 ст. 23 Конституции РФ).

Основанием для наложения ареста являются доказательства о том, что почтово-телеграфные отправления могут содержать относящуюся к делу информацию. Получение этой информации составляет конечную цель данного следственного действия. При этом закон не разрешает налагать арест на корреспонденцию в иных целях, например для создания препятствий общения подозреваемого или обвиняемого с иными лицами. Эта цель может быть достигнута путем применения меры пресечения, например домашнего ареста (п. 2 ч. 1 ст. 107 УПК).

Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления производится на основании судебного решения, принимаемого в порядке ст. 165. Судебное решение о наложении ареста одновременно означает и разрешение на проведение осмотров и выемку почтово-телеграфных отправлений. Поэтому во время действия ареста неоднократные осмотры и выемки корреспонденции проводятся без дополнительного обращения к суду.

Порядок производства данного следственного действия складывается из следующих этапов.

1. *Вынесение следователем постановления о возбуждении перед судом ходатайства о наложении ареста на почтово-телеграфные отправления и производстве их осмотра и выемки (приложение 87 к ст. 476 УПК), получение соответствующего соглашения прокурора и разрешения судьи.* В постановлении следователя указываются данные о лице, чья корреспонденция подлежит аресту, основания для этого, виды почтово-телеграфных отправлений, подлежащих аресту, и наименование исполнителя ареста — учреждения (операторы) связи (ч. 3 ст. 185).

При этом следует иметь в виду, что арест налагается только на отправления конкретного лица — подозреваемого или обвиняемого, — как на исходящие, так и вхо-

дящие. Не может быть наложен арест на корреспонденцию свидетеля, потерпевшего и др. Если обвиняемый использует постороннее лицо для отправки и получения корреспонденции, то последняя может быть изъята в ходе другого следственного действия — обыска или выемки.

Процессуальный закон прямо не устанавливает срок, в течение которого производится контроль отправлений. Учитывая тесную связь между арестом почтово-телеграфных отправлений и контролем и записью переговоров, суду целесообразно устанавливать по аналогии срок ареста в пределах 6 месяцев (ч. 5 ст. 186).

2. *Исполнение ареста почтово-телеграфных отправлений* возлагается на оператора связи, который, исполняя решение суда, уведомляет следователя о факте задержания отправлений.

3. *Осмотр и выемка отправлений.* Следователь вправе в любой момент (в том числе и до поступления к нему уведомления оператора связи) приступить к осмотру и выемке почтово-телеграфных отправлений. При этом должны обеспечиваться условия нераспространения конфиденциальной информации, подпадающей под понятие тайны сообщений. В частности, при осмотре, выемке и снятии копий с отправлений понятыми могут быть только лица из числа работников данного учреждения связи. Каждый факт осмотра и выемки отправлений (вне зависимости от его результатов) оформляется протоколом, составляемым по правилам ст. 166. По результатам осмотра отправления могут быть задержаны и приобщены к делу (в оригиналах или копиях) или отправлены адресату.

4. *Отмена ареста почтово-телеграфных отправлений.* Арест отменяется постановлением следователя, когда в нем отпадает необходимость, с уведомлением об этом суда (судьи), принявшего решение о наложении ареста, и прокурора.

Для ареста отправлений как процессуальной меры принуждения должны соблюдаться общие условия их применения. В частности, арест не может действовать по приостановленному либо по прекращенному делу. Срок ареста не может превышать срока предварительного расследования.

В практике иногда встречаются случаи ареста и выемки иных сообщений, которые формально не являются почтово-телеграфными отправлениями, — пейджинговых сообщений, сообщений электронной почты или иных передаваемых по сетям электросвязи сообщений. Следует иметь в виду, что ч. 2 ст. 23 Конституции РФ допускает ограничение права граждан на тайну «иных сообщений» только по судебному решению. Поэтому выемка подобных сообщений должна быть произведена только по решению суда. Нарушение этого требования влечет признание полученных доказательств недопустимыми.

4. Контроль и запись переговоров

Контроль и запись переговоров как следственное действие состоит: а) в поручении следователем специализированным органам вести прослушивание и запись переговоров путем использования любых средств коммуникации лиц, которые могут располагать сведениями, имеющими значение для уголовного дела; б) в истребовании полученной фонограммы; в) в фиксации содержания переговоров в протоколе (п. 14.1 ст. 5; ст. 186 УПК).

Данное следственное действие во многом напоминает сходные с ним оперативно-розыскные мероприятия — прослушивание телефонных переговоров, звуковое

наблюдение, снятие информации с технических каналов связи, контроль сообщений. С точки зрения методов производства между ними нет принципиальных различий, поскольку само техническое осуществление прослушивания и звукозаписи производится оперативными подразделениями технической разведки ФСБ, ОВД, органов госнаркоконтроля в условиях конспирации, т.е. оперативно-розыскными средствами. Это дает некоторым авторам повод утверждать, что контроль и запись переговоров не являются следственным действием, так как между прослушивающими переговоры органами и прослушиваемыми лицами они не усматривают каких-либо процессуальных правоотношений¹. Следует, однако, учитывать, что некоторые процессуальные отношения в ходе самого прослушивания и записи все же возникают — при даче следователем поручения специализированному подразделению органа дознания о контроле и записи переговоров, а также при истребовании и оформлении результатов этих действий. Определенные правоотношения имеют место и между прослушивающими переговоры органами и прослушиваемыми лицами. Так, последние имеют право на то, чтобы прослушивание производилось лишь с разрешения суда и не более установленного им срока. Впрочем, аналогичные права предоставляет прослушиваемым лицам и законодательство об оперативно-розыскной деятельности (ст. 8—9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»), поэтому их нельзя признать сугубо процессуальными. Признаками следственного действия в полной мере обладают не все элементы контроля и записи переговоров, предусмотренные ст. 186 УПК. Любое следственное действие по форме представляет собой *открытое (неконспиративное и до известной степени гласное)* восприятие следователем или сотрудниками органа дознания фактических обстоятельств дела *в порядке, детально урегулированном уголовно-процессуальным законом*. Собственно процесс контроля и записи переговоров (ч. 4—5 ст. 186), осуществляемый конспиративно оперативными подразделениями органов дознания, этим требованиям не отвечает. Техническое осуществление контроля и записи переговоров уголовно-процессуальными нормами не регулируется. По существу, они вплотную приближаются к оперативно-розыскному мероприятию, выполняемому по поручению следователя. Напротив, *осмотр и прослушивание* следователем полученной таким способом фонограммы с участием понятых, при необходимости — специалиста, а также лиц, чьи переговоры записаны (ч. 7 ст. 186), несомненно, обладают признаками следственного действия.

Контроль и запись переговоров необходимо отграничивать также от ареста и выемки почтово-телеграфных отправлений. Между ними существует два основных различия. Во-первых, арест и выемка состоит в контроле, задержании и изъятии материальных носителей информации, *уже созданных* самими участниками *письменных* переговоров (записки, письма, пейджинговые сообщения, документы, отправленные по электронной почте). При контроле и записи переговоров материальные носители — фонограммы создаются по поручению следователя, поскольку переговоры ведутся устно. Во-вторых, при контроле и записи переговоров основным участником является специализированное оперативное подразделение органа дознания, которое их прослушивает и записывает. В выемке же почтово-телеграфных отправлений принимает участие обычный (неконспиративный) оператор связи, через который передаются сообщения.

Основанием для производства контроля и записи переговоров являются данные о возможности получения из них относящихся к делу сведений. Контролю и записи

¹ См.: Шейфер С.А. Следственные действия. М., 2001. С. 63.

могут быть подвергнуты как телефонные, так и любые другие устные переговоры подозреваемого, обвиняемого и других лиц, которые могут располагать сведениями о преступлении либо иными сведениями, имеющими значение для уголовного дела. В качестве условия для проведения данного следственного действия закон признает наличие производства по тяжкому или особо тяжкому преступлению (ч. 4—5 ст. 15 УК РФ).

По общему правилу контроль и запись переговоров производится по судебному решению, выносимому в порядке ст. 165 УПК. Без судебного решения данное следственное действие может производиться по письменному заявлению одного из участников переговоров, когда существует реальная угроза совершения насилия, вымогательства или иных преступных действий в отношении потерпевшего, свидетеля, их близких.

Срок контроля и записи переговоров не может превышать ординарного срока предварительного следствия и устанавливается в пределах 6 месяцев.

Порядок осуществления контроля и записи переговоров включает в себя несколько этапов.

1. *Вынесение следователем мотивированного постановления о возбуждении перед судом ходатайства о контроле и записи переговоров.* Оно направляется в суд в порядке ст. 165. Постановление судьи об осуществлении контроля и записи переговоров направляется следователем в соответствующий орган для исполнения. Если контроль и запись переговоров ведется по письменному заявлению их участника, то судебное разрешение не требуется.

2. *Техническое производство контроля и записи переговоров* специализированным подразделением органа дознания.

3. *Истребование следователем фонограммы переговоров* от органа, осуществляющего их контроль и запись, может быть сделано в любое время в течение всего срока контроля и записи. В ответ на запрос следователя фонограмма ему передается в печатанном виде с сопроводительным письмом, с указанием времени начала и окончания записи, кратких технических характеристик использованных средств. При этом не нужны сведения о лицах, которые осуществляли сами контроль и запись переговоров.

4. *Осмотр и прослушивание фонограммы* следователем производится в присутствии понятых. В осмотре могут участвовать специалист и лица, чьи переговоры записаны. О результатах осмотра составляется протокол по правилам ст. 166, причем в нем излагается (дословно) лишь та часть фонограммы, которая, по мнению следователя, имеет отношение к данному делу. Однако вся фонограмма в полном объеме приобщается к делу в качестве вещественного доказательства.

Контроль и запись переговоров прекращаются по постановлению следователя, когда в них отпадает необходимость, либо истекает установленный судом срок их производства или срок предварительного следствия, либо прекращается уголовное дело, или приостанавливается предварительное расследование.

§ 4. ДОПРОС. ОЧНАЯ СТАВКА. ОПОЗНАНИЕ. ПРОВЕРКА ПОКАЗАНИЙ НА МЕСТЕ

1. Допрос

Допрос представляет собой процессуальный расспрос одного лица (свидетеля, подозреваемого, обвиняемого и т.д.) с целью получения от него устных показаний и их процессуальной фиксации. Допрос как следственное действие необхо-

димо отличать от внешне сходных с ним мероприятий: получения или истребования объяснений (которое не является следственным действием), опроса граждан (относящегося к оперативно-розыскным мерам). Дача показаний иногда присутствует как элемент и в других следственных действиях, например в проверке показаний на месте, предъявлении для опознания.

Наряду с общими условиями и правилами производства следственных действий (см. о них § 1 настоящей главы) уголовно-процессуальный закон особо регламентирует: а) специальные условия для проведения допроса — основания для его проведения, место, время и продолжительность, круг участников и их правовой статус; б) процедуру и приемы допроса, в том числе порядок вызова допрашиваемых лиц, их права и обязанности, последовательность процессуальных действий, а также способы фиксации хода и результатов допроса; в) ответственность допрашиваемых лиц за нарушение их обязанностей. Рассмотрим их более подробно.

А. Специальные условия допроса

Основанием для проведения допроса являются сведения о том, что данному лицу могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения уголовного дела. К таким сведениям относится любая, в том числе непроцессуальная, информация (например, оперативно-розыскные данные).

Местом производства допроса обычно служит кабинет следователя, прокурора и т.д. В то же время следователь из тактических соображений вправе произвести допрос и в *месте нахождения допрашиваемого*, но не имеет права вызывать его в иное место (на улицу, в кафе, постороннюю квартиру).

Время суток допроса определяется по общим правилам — с 6 до 22 часов. В неотложных ситуациях допускается проведение допроса в ночное время.

Продолжительность непрерывного допроса ограничена 4 часами, а общая продолжительность допроса в течение дня — 8 часами. Восьмичасовой допрос прерывается на срок не менее 1 часа для отдыха и принятия пищи. По медицинским показаниям продолжительность допроса еще более сокращается. Превышение установленной продолжительности допроса не разрешается даже в неотложных ситуациях. Чрезмерная длительность допроса свидетельствует о незаконном воздействии на допрашиваемого и может повлечь юридическую ничтожность результатов допроса (ст. 75).

К *участникам* данного следственного действия относятся: следователь, дознаватель (или иное должностное лицо органа дознания при проведении неотложных следственных действий), допрашиваемое лицо (подозреваемый, обвиняемый, свидетель, эксперт, специалист, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители). В допросе, как и в любом другом процессуальном действии, вправе принимать участие прокурор (п. 3 ч. 2 ст. 37). Кроме того, в проведении допроса при определенных условиях могут участвовать также переводчик (ч. 1 ст. 189), специалист (ст. 58), в том числе педагог (ч. 1 ст. 191), законный представитель несовершеннолетнего (ст. 191, 426), понятые для удостоверения ознакомления допрошенного лица с протоколом (ч. 3 ст. 167), защитник подозреваемого или обвиняемого. Закон также предусматривает право свидетеля на помощь адвоката, который может участвовать в допросе свидетеля (п. 6 ч. 4 ст. 56, ч. 5 ст. 189). Адвокат вправе давать свидетелю в присутствии следователя краткие консультации, задавать с разрешения следователя вопросы допрашиваемым лицам, делать письменные замечания по поводу правильности и пол-

ноты записей в протоколе данного следственного действия. Следователь может ответить вопросы адвоката, но обязан занести отведенные вопросы в протокол. Свидетель вправе уже *явиться* на допрос с адвокатом. Это означает, что допрос не должен быть отложен для явки адвоката. Однако если допрос ведется против самого свидетеля, то свидетель становится подозреваемым, в допросе которого должно быть обеспечено участие адвоката-защитника¹.

Допрашиваемое лицо пользуется правами:

- 1) на уважительное отношение (ст. 21 Конституции РФ, ст. 9, ч. 4 ст. 164 УПК);
- 2) не свидетельствовать против себя и своих близких (ст. 51 Конституции РФ).

В случае согласия дать показания допрашиваемый предупреждается о том, что его показания будут использоваться в качестве доказательств даже при его последующем отказе от них (ч. 2 ст. 11 УПК);

3) давать показания на родном языке или на языке, которым свободно владеет, а также право пользоваться услугами переводчика бесплатно (ч. 2 ст. 18, ч. 1 ст. 189 УПК);

4) на юридическую помощь. Подозреваемый и обвиняемый вправе пользоваться услугами защитника, а свидетель — давать показания в присутствии своего адвоката (ч. 5 ст. 189 УПК);

5) на ознакомление с протоколом допроса, на принесение замечаний, дополнений и уточнений (ч. 6 ст. 190 УПК);

6) пользования при даче показаний документами и записями (ч. 3 ст. 189 УПК);

7) на изготовление в ходе допроса схем, чертежей, рисунков (ч. 5 ст. 190 УПК).

Допрашиваемое лицо обязано не разглашать данные предварительного расследования; являться по вызову органа расследования; соблюдать порядок в ходе допроса.

Специальным условием допроса является также отсутствие у лица *процессуального иммунитета* против дачи показаний или *отказ* от него. Так, допрос свидетеля и потерпевшего допускается лишь при отсутствии у них свидетельского иммунитета или намерения этих лиц им воспользоваться (п. 40 ст. 5, ч. 2 ст. 3, ст. 56 УПК). Специальным условием для допроса подозреваемого и обвиняемого является существование в деле подозрения (ч. 1 ст. 46 УПК) и обвинения (ч. 1 ст. 47, ст. 171 УПК).

Б. Процедура и приемы допроса

Общий порядок вызова на допрос установлен ст. 188 УПК. Лицо может вызываться на допрос только *повесткой* (приложение 54 к ст. 476 УПК), которая вручается ему под расписку с указанием времени вручения. Повестка может быть не только вручена лицу, вызываемому на допрос, под расписку, но и передана телефонограммой, телеграммой, с помощью факсимильного устройства или других средств связи. Следует обратить внимание на то обстоятельство, что согласно ч. 2 ст. 188 с помощью средств связи передается именно повестка, а не требование о вызове на допрос, переданное в произвольной форме. Это означает, что в полученном через средства связи сообщении должны быть указаны или записаны (например, в случае получения ее телефонограммой) все реквизиты повестки. Если допрашиваемый временно отсутствует, то повестка вручается кому-либо из взрослых членов семьи, администрации

¹ Это вытекает из официального толкования Конституции РФ, данного в Постановлении Конституционного Суда РФ от 27.06.2000 № 11-П по делу В.И. Маслова.

по месту работы допрашиваемого, жилищно-эксплуатационной организации. При этом копию повестки целесообразно приобщить к материалам дела. Допрашиваемый должен явиться по вызову следователя в назначенный ему срок или заранее уведомить о причинах неявки. В случае неявки без уважительных причин он может быть подвергнут приводу (ст. 113) или денежному взысканию (ст. 117).

При этом следует иметь в виду, что в особом порядке вызываются: а) несовершеннолетние, не достигшие возраста 16 лет (вызов через законных представителей); б) содержащиеся под стражей, отбывающие наказание в виде лишения свободы (вызов через администрацию); в) военнослужащие, находящиеся на казарменном положении (вызов через командование воинской части); г) лица, находящиеся на территории другого государства (ст. 456).

В начале допроса устанавливается личность допрашиваемого, ему разъясняются права и обязанности и порядок проведения следственного действия. При проведении допроса в ходе предварительного расследования установлен запрет задавать допрашиваемому лицу *наводящие вопросы* (ч. 2 ст. 189). Наводящим считается вопрос, который ставится таким образом, что внушает допрашиваемому лицу желаемый ответ (например: «Вы ведь раньше употребляли наркотики?») или «Вы видели на месте происшествия этого человека?»). Строго говоря, наводящим является всякий вопрос, на который может быть дан ответ «да» или «нет», поскольку вся информация уже «заготовлена» в вопросе допрашивающего лица и ее остается лишь подтвердить или отвергнуть. В остальном УПК РФ оставляет следователю свободу в выборе тактики допроса (ч. 2 ст. 189).

Однако «свобода тактики допроса» ограничена не только запретом задавать допрашиваемому лицу наводящие вопросы. УПК РФ, в отличие от УПК РСФСР 1960 г. (ч. 4 ст. 150, ч. 1 ст. 158), не содержит нормы о том, что свидетели, вызванные по одному и тому же делу, допрашиваются порознь и в отсутствие других свидетелей. В новом Кодексе не получила прямого закрепления и обязанность следователя принять меры к тому, чтобы допрашиваемые свидетели по одному уголовному делу не могли общаться между собой. Однако вывод о возможности присутствия еще не допрошенного свидетеля во время дачи показаний другим лицом был бы ошибочен. Во-первых, правило раздельного допроса свидетелей четко закреплено для судебного следствия (ч. 2 ст. 264, ст. 278 УПК РФ). Во-вторых, совместный допрос нескольких лиц порождает трудно устранимое сомнение в достоверности их показаний. Поэтому на предварительном расследовании необходимо, на наш взгляд, по аналогии закона применять нормы, посвященные раздельному допросу свидетелей в судебном следствии (ч. 2 ст. 264, ст. 278 УПК РФ).

УПК РФ не требует начинать допрос по существу дела со свободного рассказа допрашиваемого лица, как это имело место согласно ч. 5 ст. 150 и ч. 5 ст. 158 УПК РСФСР. Новый Кодекс предусматривает свободный рассказ только для проверки показаний на месте (ч. 4 ст. 194).

Можно ли исходя из этого прийти к заключению, что свободный рассказ в начале допроса стал лишь одним из тактических приемов, который может применяться либо не применяться единственно по усмотрению следователя? При ответе на этот вопрос следует иметь в виду, что в соответствии со ст. 10 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г. каждый имеет право на *свободу выражения своего мнения*. Это право включает, в частности, свободу любого лица

(в том числе, очевидно, и свидетеля, обвиняемого, подозреваемого) придерживаться своего мнения, получать и *распространять информацию без вмешательства со стороны государственных органов*. Осуществление этих свобод может быть сопряжено с ограничениями, необходимыми в демократическом обществе лишь в интересах национальной безопасности, территориальной целостности или общественного спокойствия, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, защиты здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия. Названные условия для ограничения выражения мнения вряд ли могут быть распространены на право допрашиваемого лица свободно рассказать в ходе допроса все, что оно считает нужным. Единственное исключение, по-видимому, составляют сведения, явно не имеющие отношения к уголовному делу, ибо загромождение материалов расследования ненужной информацией не способствует авторитету правосудия. Таким образом, на основании данной общепризнанной нормы международного права следует сделать вывод, что свободный рассказ по-прежнему является *правом* допрашиваемых лиц.

Кодекс не закрепляет и возможности собственноручной записи показаний (что было установлено ст. 152, 160 УПК РСФСР). В то же время собственноручная запись показаний в силу тех же причин, что и свободный рассказ, представляется возможной, а при допросе эксперта или специалиста — целесообразной.

Закон прямо предусматривает применение в ходе допроса следующих приемов: предъявление доказательств в ходе допроса; оглашение протоколов других следственных действий, воспроизведение материалов аудио- и видеозаписи или киносъемки следственных действий; изготовление допрашиваемым лицом схем, чертежей, рисунков, диаграмм (ч. 3, 4 ст. 190 УПК РФ); принятие мер безопасности в отношении свидетеля и потерпевшего (ч. 5 ст. 277, ч. 9 ст. 166). В целях обеспечения безопасности в протоколе допроса может указываться лишь псевдоним, а сам допрос ведется в условиях, исключающих визуальное восприятие свидетеля другими участниками процесса.

Прием предъявления доказательств в ходе допроса (ч. 3 ст. 190) ограничен основаниями для производства другого следственного действия — предъявления для опознания (ст. 193). Предъявлять объект в ходе допроса можно тогда, когда не требуется идентификация этого объекта допрашиваемым лицом. В противном случае допрос будет подменять опознание, что явится существенным нарушением закона. Вместе с тем с целью побуждения к даче правдивых показанийследователь вправе, например, предъявить подозреваемому или обвиняемому во время допроса подписанные тем накладные, заключение эксперта, звукозапись показаний другого лица и т.п.

Фиксация хода и результатов допроса производится в протоколе по общим для всех следственных действий правилам. В то же время допрос как следственное действие обладает уникальной особенностью. Его результатом служит появление сразу двух доказательств: показаний (ст. 76—79) и протокола допроса (ст. 83). При этом протокол допроса всегда является производным от показаний доказательством, поэтому в силу принципа непосредственности может быть использован в суде лишь в исключительных случаях, как правило, при согласии сторон (ст. 276, 281).

Показания записываются от первого лица и по возможности дословно (ст. 190), с использованием терминологии самого допрашиваемого лица. Недопустимо в протоколе допроса записывать «юридические штампы», стандартные формулировки са-

мого следователя. При этом нецензурные выражения в протокол не записываются, а их смысл излагается допрашиваемым другими словами. Жаргонные слова также должны быть расшифрованы самим допрашиваемым. Вопросы и ответы на них записываются в той последовательности, которая имела место в ходе допроса. При этом в протокол записываются все без исключения вопросы, в том числе и те, которые были отведены следователем или на которые отказалось отвечать допрашиваемое лицо, с указанием мотивов отвода или отказа.

В протоколе допроса отражается предъявление в ходе допроса доказательств, сведения о причинах и длительности остановки аудио-, видеозаписи, киносъемки. При этом в случае выключения записывающей аппаратуры и сразу после возобновления записи целесообразно объявить точное время приостановления записи и занести его в протокол.

Допрошенное лицо имеет безусловное право на уточнение и дополнение своих показаний, и следователь не вправе отказать ему в этом. Протокол, дополнения и уточнения к нему подписываются всеми участниками допроса. Допрашиваемый своей подписью удостоверяет в протоколе факт разъяснения ему следователем его прав и обязанностей, факт его ознакомления с протоколом, правильность записи показаний, уточнений и дополнений. При этом он подписывает каждую страницу протокола. В конце протокола допроса целесообразна полная расшифровка допрашиваемым своей фамилии, имени и отчества.

2. Очная ставка

Очная ставка представляет собой поочередный допрос в присутствии друг друга ранее допрошенных лиц, между показаниями которых имеются существенные противоречия (ст. 192 УПК). Как к особой разновидности допроса к очной ставке применяются все его общие правила.

Основанием для проведения очной ставки является наличие существенных противоречий в ранее данных показаниях. Существенное противоречие — это расхождение в показаниях, порождающее разумное сомнение в тех обстоятельствах, установление которых нужно для принятия процессуальных решений. Специальным условием очной ставки является обязательный предварительный допрос ее участников. Очная ставка может быть проведена между любыми лицами, которые ранее были подвергнуты допросу.

В отличие от УПК РСФСР (ст. 162) новый уголовно-процессуальный закон (ст. 192 УПК РФ) не ограничивает число участников очной ставки двумя допрашиваемыми. В то же время большое количество участников усложняет организацию этого следственного действия, поэтому на практике очная ставка обычно проводится между двумя лицами.

При применении норм, касающихся очной ставки, следует учитывать международно-правовой принцип, имеющий приоритет перед внутренним российским законодательством: *право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей или право на то, чтобы они были допрошены в его присутствии* (п. 3 «е» ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 «d» ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод). Таким образом, обвиняемый имеет право на очную ставку (перекрестный допрос) со свидетелями обвинения, а следователь не может ему в этом отказать.

Очная ставка не должна подменять предъявление для опознания. Поэтому при необходимости отождествления (узнавания) одним участником очной ставки другого надо сначала провести опознание и только после этого — очную ставку. Это же требование распространяется на предъявление на очной ставке вещественных доказательств и документов.

В отличие от обычного допроса на очной ставке сначала выясняется, знают ли ее участники друг друга и в каких отношениях находятся между собой. Затем лица поочередно дают показания по обстоятельствам, в отношении которых имеются их противоречивые показания (ч. 2 ст. 193 УПК). После этого им могут быть заданы вопросы следователем. С разрешения следователя участники очной ставки могут задать вопросы друг другу. Оглашение ранее данных показаний (т.е. производных доказательств — протоколов допросов) допускается только после дачи показаний на очной ставке. Оглашение ранее данных показаний перед дачей показаний на очной ставке может рассматриваться как постановка наводящих вопросов (ч. 2 ст. 189) и повлечь недопустимость ее результатов.

Особенностью фиксации хода и результатов очной ставки является поочередная запись показаний с удостоверением их каждый раз подписью допрашиваемого. На показания, данные в ходе очной ставки, распространяются требования п. 1 ч. 2 ст. 75 (недопустимость использования в суде показаний подозреваемого и обвиняемого, данных в отсутствие защитника, при их неподтверждении подсудимым в судебном разбирательстве) и ст. 276, 281 (запрет оглашения показаний в суде без согласия сторон).

3. Предъявление для опознания

Предъявление для опознания (ст. 193 УПК) представляет собой следственное действие, имеющее своей целью отождествление лицом (свидетелем, потерпевшим, подозреваемым или обвиняемым) объекта — предмета или человека, который оно могло воспринимать ранее. При этом идентификация (узнавание) происходит по мысленному образу, запечатленному в сознании опознающего лица.

По психологическому содержанию процесса узнавания опознание делится на два вида:

а) опознание, сопровождаемое *сукцессивным* узнаванием, которое состоит в последовательном сличении признаков образа ранее воспринимавшегося объекта с предъявляемым объектом;

б) опознание, сопровождаемое *симультаным* узнаванием, т.е. одномоментным отождествлением хорошо известного объекта¹.

При сукцессивном узнавании опознающее лицо преодолевает определенные трудности в отождествлении объекта, которые проистекают из непродолжительности предыдущего взаимодействия с этим объектом или изменения его признаков (старение, искусственная маскировка внешности и т.д.). Поэтому здесь всегда разрешается вопрос, *этот ли именно объект связан с расследуемым событием*. Проведение такого опознания исключается, если объект хорошо знаком опознающему лицу по предъявляемым признакам. Например, нет смысла предъявлять для опознания по внешности человека, с которым опознающий состоит в тесных длительных отношениях (члены

¹ См.: Гапанович Н.Н. Опознание в следственной и судебной практике (тактика). Минск: БГУ, 1978. С. 13.

семьи, друзья, давние знакомые, сослуживцы, соседи), либо предметы, имеющие известные лицу уникальные приметы (номер, дарственную надпись, особые метки и т.п.). В подобных случаях имеет место не сукцессивное, а симультанное узнавание.

Опознавание, связанное с симультанным узнаванием, непосредственно преследует иную цель — *установление личности умершего или проверка достоверности утверждения опознающего о знакомстве с опознаваемым объектом*. Так, может быть предъявлено для опознания лицо, которое отрицает свое знакомство с опознающим¹.

Правомерность проведения опознания в подобных случаях отрицается некоторыми авторами². Вместо предъявления для опознания они предлагают ограничиться очной ставкой. Однако, на наш взгляд, очная ставка в ряде случаев не обладает достаточными возможностями для разрешения вопроса о том, действительно ли знакомы допрашиваемые лица или кем на самом деле является человек, назвавшийся определенным именем. В частности, она не позволяет убедиться, *насколько добросовестно* лицо, настаивающее на факте знакомства. Например, некто отрицает свое знакомство с лицом, подозреваемым в совершении преступления в соучастии, однако последний, имитируя активное содействие раскрытию преступления либо не желая выдавать подлинного соучастника, готов назвать таковым первое же попавшееся лицо. Гарантией от следственной ошибки здесь может быть только сравнение признаков, названных утверждающим факт знакомства лицом ранее и наблюдаемых при предъявлении для опознания.

Закон запрещает проведение повторного процессуального опознания (ч. 3 ст. 193). Запрет повторного опознания связан с порождением им практически неустранимого сомнения в том, что опознающий узнал объект не по тому образу, который сохранился в памяти с момента преступления, а по тому, который возник в результате первоначального опознания. Вместе с тем важно уточнить, что повторным является опознание *тем же лицом и по тем же самым признакам*. Опознание будет совершенно другим действием при качественном изменении, например, признаков объекта опознания. Один и тот же объект можно опознавать по разным признакам (предмету). Например, первоначальное опознание человека по его фотографии не препятствует предъявлению для опознания самого лица для его идентификации по походке. Повторное опознание не допускается и тогда, когда первоначальное было проведено с существенным нарушением норм УПК или когда первоначальное узнавание состоялось вне процессуальной формы (например, при оперативном отождествлении личности).

Основанием для предъявления для опознания является необходимость в интересах доказывания в первичном отождествлении лицом объекта, который оно могло воспринимать ранее. Если объект уже точно определен с помощью других способов и средств доказывания, то потребность в предъявлении для опознания не возникает.

Другим специальным условием для проведения опознания служит предварительный допрос опознающего об обстоятельствах, при которых он воспринимал объект, и о признаках, по которым он может его опознать. В противном случае опознание не будет иметь доказательственного значения.

В качестве опознающего может выступать свидетель, потерпевший, подозреваемый и обвиняемый. Свидетель и потерпевший перед опознанием предупреждаются об ответственности за отказ от дачи показаний и за дачу ложных показаний (ст. 164). Указанные лица могут выступать и в качестве опознаваемых.

¹ См.: Кочаров Г.И. Опознание на предварительном следствии. М., 1955. С. 9.

² См.: Гапанович Н.Н. Указ. соч. С. 14.

По буквальному содержанию ст. 193 прямо предусматривается лишь визуальное опознание, что вытекает из используемых терминов: «они видели» (ч. 2 ст. 193), «внешне сходных» (ч. 4 ст. 193). Однако опознание возможно и посредством других органов чувств — по голосу и речи, на ощупь (слепой вполне способен узнать объект по тактильным ощущениям, что может быть дополнительно подтверждено следственным экспериментом). Так, в одном из своих решений Верховный Суд РФ признал правомерным опознание, проведенное по голосу¹. В то же время достоверный результат опознания вряд ли достижим на основе одного лишь обоняния. Однако предъявление для опознания необходимо отличать от так называемой одорологической экспертизы, в том числе с использованием биологических детекторов (служебных собак). Опознание проводится лишь человеком, с использованием его собственных органов чувств.

Виды опознания могут быть выделены также и по его объектам: опознание живых лиц, опознание по фотографии, опознание трупа, опознание предметов.

Опознание живых лиц имеет наиболее сложную процедуру, родовую по отношению к опознанию других видов. Опознаваемое лицо предъявляется для опознания в числе не менее двух других лиц, именуемых обычно статистами. Они должны быть сходны с опознаваемым по тем признакам, которые указал опознающий в своих показаниях. Опознаваемый не должен явно выделяться среди статистов (ростом, цветом волос, одеждой, особыми приметами и т.д.). Статисты не должны быть знакомы опознающему лицу.

Обязательными участниками опознания являются понятые (ст. 170 УПК).

Перед началом предъявления опознаваемому предлагается занять любое место среди статистов. После этого вызывается опознающий. Существенно, чтобы порядок вызова исключал возникновение сомнений о наличии «подсказки» опознающему о местоположении опознаваемого (например, когда опознающий приглашается другим лицом по просьбе следователя после того, как опознаваемый уже занял определенное место среди статистов). Способ вызова опознающего как существенное обстоятельство должен быть отражен в протоколе. Далее опознающему предлагается указать лицо, о котором он дал показания. При этом он должен пояснить, по каким признакам узнает опознаваемого. Неуверенность при опознании рассматривается как неустранимое сомнение, толкуемое в пользу обвиняемого и влечет недопустимость протокола данного следственного действия.

Ход и результаты опознания фиксируются в протоколе по общим правилам (ст. 166, 167). В нем должны быть отражены все юридически значимые обстоятельства (в том числе внешность статистов, порядок вызова опознающего, его показания).

При опознании живых лиц определенной спецификой обладают две разновидности данного следственного действия: опознание в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознаваемым опознающего, и так называемое встречное опознание.

Предъявление для опознания в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознаваемым опознающего, впервые получило закрепление в УПК РФ (ч. 8 ст. 193). Основанием для данного вида опознания служит необходимость обеспечения безопасности опознающего. Для контроля над правильностью такого опознания понятые находятся вместе с опознающим. Там же должен находиться и участвующий в данном следственном действии защитник. Технически такое опознание осуществляется

¹ См. определение Верховного Суда РФ от 07.04.2006 № 43-о06-4сп.

с помощью односторонне прозрачного стекла, технических средств (видеокамеры) или путем затемнения места нахождения опознающего и яркого освещения места нахождения опознаваемого.

Встречное опознание имеет место, когда сначала, например, обвиняемый опознает потерпевшего (в условиях, исключающих визуальное наблюдение последним опознающего), а затем — потерпевший обвиняемого. Встречное опознание, по существу, состоит из двух самостоятельных следственных действий, которые проводятся сразу же друг за другом.

Опознание по фотографии допускается при невозможности предъявления лица (ч. 5 ст. 193). Фотографии предъявляются в количестве не менее трех. По аналогии на практике применяется опознание по видеозаписи, которая более точно воспроизводит признаки объектов. Предъявленные фотографии и видеозаписи прилагаются к протоколу опознания.

Опознание трупа происходит без участия статистов. Труп предъявляется для опознания в единственном числе ввиду естественных в этом случае трудностей для подбора сходных объектов.

Опознание предмета проводится в группе однородных предметов в количестве не менее трех (ч. 6 ст. 193). При этом опознаваемый предмет не должен явно выделяться среди других.

4. Проверка показаний на месте

Проверка показаний на месте состоит в даче лицом показаний и воспроизведении им своих действий в том месте, о котором он ранее дал показания (ст. 194 УПК). Данное следственное действие отличается от допроса на местности и от опознания объектов на местности тем, что включает *воспроизведение действий*. Оно отличается и от осмотра с участием лица и следственного эксперимента тем, что включает дачу показаний.

Целью проверки показаний на месте является: а) установление осведомленности лица о местности и обстоятельствах события; б) обнаружение ранее неизвестных обстоятельств (мест сокрытия трупа, похищенного, выброшенного орудия преступления, оставленных следов, последовательности действий); в) уточнение ранее данных показаний. Основанием для проверки показаний является необходимость достижения в интересах доказывания указанных целей. Специальным условием проверки показаний на месте служит предварительный допрос лица.

Проверке могут быть подвергнуты показания подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и потерпевшего. При производстве проверки показаний на месте обязательно участие понятых (ст. 170) и должны соблюдаться общие правила допроса (ст. 189).

При проверке показаний основное значение принадлежит инициативе лица, показания которого проверяются. Добровольность и самостоятельность его действий — основное условие доказательственной силы полученных результатов. В связи с этим не допускаются постороннее вмешательство в ход проверки, наводящие вопросы, одновременная проверка показаний нескольких лиц. По этой же причине проверка показаний начинается с указания лицом того места, где его показания будут проверяться, затем следует свободный рассказ (ч. 4 ст. 194). Вопросы лицу задаются только после демонстрации им действий.

Протокол проверки показаний на месте составляется с соблюдением требований, предъявляемых и к протоколу осмотра (в части условий наблюдения и изъятия объектов), и к протоколу допроса (в части записи показаний и их уточнений).

§ 5. ПРОИЗВОДСТВО СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ

1. Понятие судебной экспертизы. Условия для ее назначения

Сущность судебной экспертизы состоит в проведении сведущим лицом — экспертом на основе его специальных познаний самостоятельного процессуального исследования, необходимого для доказывания тех или иных обстоятельств дела с помощью заключения эксперта. Как видно из этого определения, судебная экспертиза обладает следующими отличительными признаками:

- проведение ее лицом, сведущим в определенной специальной области или областях знаний;
- необходимость в использовании этих познаний для проведения особого исследования объекта;
- самостоятельный характер такого исследования;
- особая процессуальная форма экспертного исследования.

К *специальным познаниям* относятся знания в науке, технике, искусстве или ремесле и других отдельных областях человеческой деятельности. Постановка перед экспертами вопросов правового характера по общему правилу недопустима.

Так, эксперт не вправе выходить за пределы своей специальной компетенции и решать юридические по своей природе вопросы: о роде насильственной смерти (убийство, самоубийство, несчастный случай), хотя может устанавливать причины смерти и характер телесных повреждений¹; об обезображении лица, притом что может дать ответ о неизгладимости (без оперативного вмешательства) либо изгладимости повреждений на лице; о подлоге или подделке документа, в то время как вправе дать ответ о наличии на нем, например, следов подчистки, травления; о том, изготовлено ли холодное оружие с целью нанесения телесных повреждений или самозащиты; имело ли место хищение либо недостача материальных ценностей и т.п.² Специальными познаниями в сфере уголовного, гражданского, процессуального и других отраслей внутригосударственного права должны обладать сами лица и органы, ведущие процесс: следователь, дознаватель, прокурор, суд. Однако если содержанием правовых норм являются специальные технические или профессиональные правила, для разрешения вопроса о соблюдении которых необходимы специальные познания (медицинские нормы, позволяющие определить степень тяжести вреда здоровью; ряд наиболее слож-

¹ Судебно-медицинский эксперт с учетом конкретных обстоятельств дела вправе дать ответ на вопрос, причинена ли смерть или телесное повреждение «посторонней рукой», т.е. установить факт нанесения повреждений, которые пострадавший физически не мог себе причинить «собственной рукой» (например, в случае наступления смерти от огнестрельной раны, причиненной выстрелом с дальнего расстояния). Однако противоположный вывод — о том, что смерть причинена себе самим пострадавшим — считается неправомерным, ибо «посторонней рукой» может быть причинено любое повреждение, которое способна нанести собственная (см.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 716—717).

² См.: Палиашвили А.Я. Экспертиза в суде по уголовным делам. М., 1973. С. 29—50.

ных норм, регулирующих дорожное движение и технику безопасности, правила бухгалтерского учета, государственные стандарты, строительные нормативы и т.п.), то назначение экспертизы возможно. Представляется, что специальные познания в форме экспертизы могут быть использованы в сфере иностранного и отчасти международного права¹.

Специальные познания в соответствующей области знаний определяются предметом экспертизы, который следует отличать от ее объекта. *Объект экспертизы* — это то, что исследуется (материалы дела, вещественные доказательства, документы, предметы, животные, трупы, изъятые образцы, живые лица). *Предмет экспертизы* — это та часть или те стороны и свойства объектов, которые могут быть исследованы данными специальными методами. Поэтому предмет экспертизы выражается в круге вопросов, на которые эксперт может ответить, или (что то же самое) в круге обстоятельств, которые могут быть установлены средствами данной экспертизы. В одном и том же объекте может быть несколько предметов исследования (потожировой след пальца руки исследуется на предмет наличия и характера папиллярного узора или химического состава пота и жира). По предмету проводится криминалистическая классификация экспертиз.

Специальные познания при производстве судебной экспертизы используются для выполнения *особых исследований*, т.е. изучения представленных объектов. Этим экспертиза отличается, в частности, от получения справок по специальным вопросам (например, справки метеослужбы о погодных условиях в тот или иной день), а также от показаний сведущих свидетелей, т.е. свидетелей, обладающих специальными знаниями, которые благодаря им имели возможность при наблюдении за происходящим событием правильнее понять его и обратить внимание на существенные обстоятельства. Сведущие свидетели могут использовать при даче показаний свои специальные познания для лучшего разъяснения воспринятых ими ранее событий, но не проводят при этом, в отличие от эксперта, каких-либо исследований. *Особый характер* экспертных исследований выражается в том, что они выполняются не в процессе осуществления других процессуальных действий (например, допроса), а проводятся отдельно, для чего эксперту предоставляется определенное время и место.

Экспертные исследования имеют *самостоятельный характер*. Это означает следующее: а) следователь может лишь присутствовать при проведении экспертных исследований (ст. 197 УПК), но не руководить при этом действиями эксперта; б) лицо или орган, назначивший экспертизу, другие участники процесса не вправе навязывать эксперту ту или иную методику проведения исследований либо вытекающие из них выводы, которые определяются экспертом самостоятельно. По этому, в частности, признаку экспертиза отличается от помощи специалиста, в случае привлечения его к участию в процессуальных действиях для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применения технических средств в исследовании материалов уголовного дела (ч. 1 ст. 58), поскольку такой специалист действует под руководством следователя.

Особая процессуальная форма экспертного исследования требует особого порядка назначения и проведения экспертизы, а также оформления ее результатов в виде от-

¹ В юридической литературе ставится вопрос о возможности проведения правовых экспертиз, в частности, по уголовным делам о преступлениях, ответственность за которые установлена статьями УК РФ с бланкетными диспозициями (см., например: Корухов Ю. Допустимы ли правовые и юридические экспертизы в уголовном процессе // Законность. 2000. № 1. С. 39, и др.).

дельного вида доказательств — заключения эксперта (ст. 80). Данный признак позволяет отграничить экспертизу от различного рода непроцессуальных специальных исследований, результаты которых также могут использоваться в уголовном процессе. Непроцессуальные исследования (оперативно-розыскные исследования предметов и документов, медицинские обследования, ведомственные ревизии, составление калькуляций стоимости ремонта поврежденного автомобиля) могут проводиться как по инициативе участников процесса, так и независимо от производства по уголовному делу, в том числе и до его возбуждения. Подобные исследования проходят вне уголовно-процессуальной формы, а их результаты (например, медицинское заключение, акт ревизии) могут быть приобщены к материалам уголовного дела в качестве заключения специалиста (ч. 3 ст. 80) или иных документов (ст. 84). Такие исследования, в отличие от экспертизы, не обеспечены процессуальными условиями и гарантиями, поэтому после возбуждения уголовного дела вместо них может, а в ряде случаев и должна назначаться судебная экспертиза.

Основанием для назначения экспертизы является необходимость установления фактов именно с помощью заключения эксперта — особого источника доказательств. Вопрос о наличии такой необходимости в каждом конкретном случае решается субъектом, ведущим производство по делу, с учетом всей имеющейся совокупности доказательств.

При этом необходимо руководствоваться *предметом экспертизы* данного рода или вида. Если вопрос относится к предмету экспертизы, он, как правило, не может быть разрешен с помощью других видов доказательств. Так, например, идентификация следов обуви обвиняемого, оставленных на месте происшествия, с изъятой у него обувью не может быть установлена посредством свидетельских показаний или осмотра, так как относится к предмету трасологической криминалистической экспертизы. Другой вопрос, необходимо ли в данном деле заключение эксперта-криминалиста для установления факта пребывания обвиняемого на месте происшествия? Этот вопрос должен разрешаться исходя из наличия и силы других доказательств. Когда названный факт вне всякого сомнения доказан показаниями свидетелей, признательными показаниями самого обвиняемого и т.д., основание для проведения экспертизы отсутствует. Другими словами, при решении вопроса о необходимости назначения судебной экспертизы следует различать два уровня установления фактов с помощью заключения эксперта: а) первый уровень — при доказывании обстоятельств, входящих непосредственно в предмет экспертизы (например, идентичности следов); б) второй уровень — при доказывании обстоятельств дела, которые могут устанавливаться с учетом фактов первого уровня (например, пребывание обвиняемого на месте происшествия). Установление с помощью заключения эксперта фактов второго уровня — вопрос целесообразности; обстоятельства же первого уровня должны, как правило, устанавливаться экспертным путем¹.

Альтернативой здесь может быть только использование результатов некоторых непроцессуальных исследований. Так, если в распоряжении следователя имеется заключение специалиста (например, акт документальной ревизии), в которых даются не вызывающие сомнений с точки зрения своей полноты и достоверности ответы на интересующие его вопросы, назначение экспертизы, как правило, излишне.

¹ См.: Дулов А.В. Права и обязанности участников судебной экспертизы. Минск, 1962. С. 25; Арсеньев В.Д. Основания назначения судебной экспертизы // Актуальные теоретические и общеправовые проблемы судебной экспертизы : сб. научных трудов / под ред. А.И. Винберга, Г.П. Прошина и др. М., 1975. С. 6.

Однако в некоторых случаях назначение экспертизы является обязательным даже при достаточности других доказательств. Назначение экспертизы обязательно, если необходимо установить: 1) причины смерти; 2) характер и степень вреда, причиненного здоровью; 3) психическое или физическое состояние подозреваемого, обвиняемого, когда возникает сомнение в его вменяемости или способности самостоятельно защищать свои права и законные интересы в уголовном судопроизводстве; 4) психическое или физическое состояние потерпевшего, когда возникает сомнение в его способности правильно воспринимать обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, и давать показания; 5) возраст подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, когда это имеет значение для уголовного дела, а документы, подтверждающие его возраст, отсутствуют или вызывают сомнение (ст. 196).

Следует иметь в виду, что в судебно-следственной практике сформировался ряд обычных норм, расширяющих перечень случаев обязательного назначения экспертизы. Как правило, экспертиза назначается для разрешения вопросов о том, является ли данный предмет оружием, относится ли данное вещество к числу наркотических, являются ли денежные купюры поддельными, каковы причины взрыва или пожара, механизм дорожно-транспортного происшествия и др.

Специальными условиями для назначения экспертизы являются достаточность объектов для исследования, наличие научно обоснованной экспертной методики по данному предмету и, по общему правилу, согласие свидетеля и потерпевшего на их обследование. Экспертиза производится лишь после вынесения постановления о возбуждении уголовного дела (ч. 4 ст. 146).

2. Порядок производства экспертизы

Производство судебной экспертизы регулируется гл. 27 УПК РФ, а также Федеральным законом от 31.05.2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»¹, который подлежит применению в части, не противоречащей УПК.

Производство экспертизы складывается из трех этапов: а) назначения экспертизы, б) проведения самостоятельного процессуального исследования лицом (лицами) на основе его специальных познаний и дачи им заключения (сообщения о невозможности дать заключение) по вопросам, поставленным осуществляющим производство по делу органом, в) ознакомления сторон с результатами исследования.

Первый этап — назначение экспертизы включает ряд последовательных действий: 1) вынесение постановления о назначении экспертизы (о возбуждении перед судом ходатайства о назначении экспертизы, связанной с помещением обвиняемого или подозреваемого в медицинский стационар); 2) ознакомление с постановлением заинтересованных лиц и разъяснение им прав; 3) получение в необходимых случаях письменного согласия потерпевшего и свидетеля на их экспертное обследование²; 4) направление материалов уголовного дела для проведения экспертизы.

¹ Российская газета. 5.06.2001 г.

² Принудительное экспертное исследование возможно в отношении потерпевшего для установления: а) характера и степени вреда, причиненного здоровью; б) его психического или физического состояния, когда возникает сомнение в его способности правильно воспринимать обстоятельства дела и давать о них показания; в) его возраста, когда это имеет значение для дела, а документы

В постановлении о назначении экспертизы указываются основания для назначения экспертизы, кому поручается проведение экспертизы, поставленные перед экспертом вопросы и предоставляемые эксперту материалы.

В постановлении целесообразно описать суть дела (фабулу), приложить к нему необходимые копии материалов, а иногда и все уголовное дело. Поставленные перед экспертом вопросы должны полно охватывать устанавливаемый факт и не выходить за пределы специальных познаний эксперта. С этой целью перед назначением экспертизы следователю полезно ознакомиться с методическими рекомендациями для данного вида экспертиз или получить консультацию самого эксперта либо специалиста (ч. 1 ст. 58 УПК). В постановлении должны быть указаны индивидуальные признаки объектов экспертизы, какова их упаковка, чтобы исключить сомнение в подмене объектов. Кроме того, в постановлении требуется сделать отметку о добровольном или принудительном проведении экспертизы в отношении живых лиц, о решении следователя присутствовать при производстве экспертизы.

После вынесения постановления о назначении экспертизы следователь знакомит с ним заинтересованных лиц:

- каждого подозреваемого и обвиняемого по данному делу и их защитников, причем ознакомление с постановлением должно состояться даже тогда, когда экспертиза проведена до появления в деле подозреваемого и обвиняемого;

- потерпевшего, в отношении которого назначена экспертиза, его представителей (ч. 2 ст. 198);

- потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей, если экспертиза была назначена по их ходатайству (п. 9 ч. 2 ст. 42, п. 10 ч. 4 ст. 44, ч. 2 ст. 159);

- свидетеля, если экспертиза производится в отношении этого лица (ч. 2 ст. 198).

При производстве экспертизы указанные выше лица имеют следующие права:

- знакомиться с постановлением о назначении судебной экспертизы;

- заявлять отвод эксперту или ходатайствовать о производстве судебной экспертизы в другом экспертном учреждении;

- ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных ими лиц либо о производстве судебной экспертизы в конкретном экспертном учреждении;

- ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту;

- присутствовать с разрешения следователя при производстве судебной экспертизы, давать объяснения эксперту;

- знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение, а также с протоколом допроса эксперта.

Об ознакомлении заинтересованных лиц с постановлением о назначении экспертизы составляется протокол.

Назначение экспертизы заканчивается направлением материалов уголовного дела для проведения экспертизы (ст. 199), которое различается в зависимости от того, проводится ли экспертиза в экспертном учреждении или вне экспертного учреждения.

о возрасте отсутствуют или вызывают сомнения (ч. 4 ст. 195, ст. 196). Принудительное обследование свидетеля (в том числе экспертное) возможно, когда необходима оценка достоверности его показаний (ч. 5 ст. 56, ч. 1 ст. 179). Решение о назначении судебной экспертизы может быть обжаловано заинтересованными лицами в установленном законом порядке (ст. 124, 125, 127).

Если экспертиза проводится в экспертном учреждении, то часть процессуальных полномочий возлагается на руководителя экспертного учреждения. Ему направляются постановление о назначении экспертизы и прилагаемые материалы. Руководитель экспертного учреждения поручает производство экспертизы конкретному эксперту или комиссии экспертов данного учреждения и уведомляет об этом лицо, назначившее экспертизу. Перед началом исследования руководитель экспертного учреждения разъясняет экспертам их права и обязанности, а также уголовную ответственность за дачу заведомо ложного заключения, за разглашение данных предварительного расследования, о чем отбирает подписку в виде отметки на постановлении о назначении экспертизы.

Если экспертиза проводится вне экспертного учреждения, то она поручается «частному эксперту» (ч. 4 ст. 199). При этом следует учесть ряд особенностей:

- в качестве частного эксперта не может выступать государственный судебный эксперт (ст. 16 Федерального закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»);

- производство судебно-психиатрических экспертиз допускается только в государственных судебно-экспертных учреждениях, относящихся к ведению федерального органа исполнительной власти (ч. 5 ст. 11 названного Закона);

- до назначения экспертизы вне экспертного учреждения следователь должен установить специальность, компетентность частного эксперта, отсутствие оснований для его отвода, разъяснить ему права и обязанности, в том числе предупредить об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения по ст. 307 УК РФ.

Между частным экспертом и органом, назначающим экспертизу, заключается гражданско-правовой договор, по которому работа частного эксперта должна быть оплачена. Эти расходы относятся к судебным издержкам и могут быть возмещены не только за счет государства, но и за счет сторон (ч. 1 ст. 131 УПК).

Второй этап производства экспертизы — это проведение самого исследования. Эксперт самостоятелен в выборе методов исследования, однако к ним предъявляется ряд общих требований:

- соблюдение общих правил производства следственных действий (запрет незаконных мер, насилия, угроз, обмана, унижения чести и достоинства, повреждения имущества и др.);

- методика исследования должна быть научно обоснована и апробирована;

- эксперту запрещено самостоятельно собирать объекты для исследования, за исключением экспериментальных экспертных образцов (о получении их см. ниже);

- не разрешаются также не связанные с делом биомедицинские эксперименты и использование болезненных методов исследования;

- следователь и другие участники процесса, присутствующие при производстве судебной экспертизы, не вправе вмешиваться в ход исследований, но могут давать объяснения и задавать вопросы эксперту;

- при проведении исследований, сопровождающихся обнажением лица, в отношении которого производится судебная экспертиза, могут присутствовать только лица того же пола (кроме врачей).

После проведения исследования эксперт дает заключение или письменное сообщение о невозможности дать заключение.

Заключение эксперта — это представленные в письменном виде содержание исследования и выводы по вопросам, поставленным перед экспертом лицом, ведущим

производство по уголовному делу, или сторонами (ч. 1 ст. 80, ст. 204). Заключение эксперта состоит из вводной, исследовательской и резолютивной частей. О заключении эксперта см. § 4 гл. 7 учебника.

Эксперт вправе отказаться дать заключение, оформив письменное сообщение о невозможности дать заключение (п. 6 ч. 3 ст. 57, п. 6 ч. 1 ст. 198). Основанием для этого является недостаточность или непригодность материалов для исследования или недостаточная компетенция самого эксперта. При недостаточности материалов для исследования эксперт вправе ходатайствовать перед следователем о предоставлении дополнительных материалов. При недостаточной компетенции эксперт вправе ходатайствовать о привлечении к экспертизе других экспертов (п. 2 ч. 3 ст. 57). Необоснованный отказ дать заключение влечет для государственного эксперта дисциплинарную ответственность, а для частного — гражданско-правовую (по заключенному договору).

Третий этап производства экспертизы — это ознакомление сторон с результатами исследования: заключением эксперта, сообщением о невозможности дать заключение и протоколом допроса эксперта (ст. 206). Ознакомление с результатами экспертизы — официальная процедура, осуществляемая органом, ведущим дело. Сам эксперт не вправе сообщать кому-либо о результатах судебной экспертизы, за исключением органа или лица, ее назначивших (п. 1, 3 ч. 4 ст. 57). С результатами экспертизы знакомятся те же лица, которым предъявлялось или должно было быть предъявлено постановление о назначении экспертизы. Этим лицам разъясняют право ходатайствовать о назначении дополнительной или повторной экспертизы, о производстве допроса эксперта, право получить копию заключения эксперта за свой счет, право заявить отвод эксперту или руководителю экспертного учреждения. О выполнении этих требований составляется протокол.

3. Виды экспертиз

В криминалистике экспертизы подразделяются на большие классы, или их *роды*, каждый из которых дробится на *виды* в зависимости от отрасли специальных знаний, предмета, объекта и методики экспертного исследования¹. Например, род традиционных криминалистических экспертиз включает в себя трасологические, фототехнические, почерковедческие исследования.

Уголовно-процессуальный закон использует иные критерии для выделения видов экспертиз.

По месту проведения экспертизы бывают двух видов: проводимые в экспертном учреждении и вне экспертного учреждения.

По субъекту исследования (числу экспертов) экспертизы могут быть единоличными и комиссионными. Комиссионная экспертиза определяется законом как исследование двумя и более экспертами одной специальности (ст. 200 УПК). Основанием для назначения комиссионной экспертизы может быть повышенная вероятность субъективности суждений экспертов по характеру исследования (психиатрического, психологического, наркологического) либо сложность или большой объем самих исследований.

Порядок назначения и производства комиссионной экспертизы подробно регулируется ст. 21 Федерального закона «О государственной судебно-экспертной

¹ См.: Белкин Р.С. Курс криминалистики. Т. 2. М., 1997. С. 318.

деятельности в Российской Федерации». Если по результатам проведенных исследований мнения экспертов по поставленным вопросам совпадают, то ими составляется единое заключение. В случае возникновения разногласий, каждый из экспертов, участвовавших в производстве судебной экспертизы, дает отдельное заключение по вопросам, вызвавшим разногласие.

По предмету исследования экспертиза может быть *однородной* (проводимой по одной специальности) или *комплексной* (проводимой по разным специальностям). Процессуальный закон признает комплексной экспертизой ту, в которой участвует несколько экспертов разных специальностей (ст. 201 УПК). Тем самым она приравнивается к разновидности экспертизы комиссионной. В то же время главная особенность комплексной экспертизы состоит в том, что ступенчато выполняются исследования по отдельным предметам и делаются промежуточные выводы, на основе которых проводятся дальнейшие исследования по другим предметам и формулируются последующие ответы на поставленные вопросы. Один и тот же эксперт может одновременно обладать специальными познаниями в разных областях науки, техники, ремесла или искусства. Поэтому реально возможно проведение комплексной экспертизы, которая одновременно является единоличной, а не комиссионной. Порядок назначения и производства комплексной экспертизы подробно регулируется ст. 23 Закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

По объему исследования экспертизы делятся на основные и дополнительные. Дополнительная экспертиза *дополняет* заключение эксперта, т.е. заключение, полученное в результате *основной* экспертизы, не ставится под сомнение, а просто появляется необходимость ответов на новые вопросы. По этой причине производство дополнительной экспертизы целесообразно поручать тому же самому эксперту (комиссии экспертов).

Основанием для назначения дополнительной экспертизы является: а) недостаточная полнота основного заключения эксперта (когда он не ответил на все заданные вопросы или ответил лишь частично); б) необходимость ответов на новые вопросы, которые возникли уже после проведения исследования или по иным причинам не были заданы эксперту.

Условием назначения дополнительной экспертизы является необходимость дополнительных исследований, т.е. когда допрос эксперта не может разъяснить данное им заключение.

С точки зрения достоверности исследования экспертизы подразделяются на *первоначальные* и *повторные*. Повторная экспертиза производится вместо вызывающей сомнение первоначальной экспертизы по тем же вопросам и с теми же объектами. Недоверие к первоначальной экспертизе обязывает всегда поручать повторную экспертизу другому эксперту или комиссии экспертов (ст. 207 УПК).

4. Получение образцов для сравнительного исследования и помещение в медицинский стационар

Для производства идентификационных экспертиз необходимы образцы — объекты, отображающие свойства или особенности человека, животного, трупа, предмета, материала или вещества.

Для оценки свойств образцов их принято классифицировать по происхождению на *естественные* (продукты физиологической деятельности человека — кровь, слю-

на и др.) и «искусственные» (продукты сознательной деятельности человека — почерк, промышленная продукция). По отношению к времени формирования образцов и отношению к ним заинтересованных лиц образцы подразделяются на *свободные* (т.е. сформированные вне связи с производством по делу — образцы почерка в документах, написанных до возбуждения дела); *несвободные*, или *экспериментальные* (полученные в связи с производством по делу — образцы почерка, полученные следователем в порядке ч. 1—3 ст. 202 УПК, или образцы, добытые путем следственного эксперимента, а также полученные самим экспертом). Иногда выделяют *полусвободные* образцы — когда от заинтересованных лиц скрывается цель получения образцов, например обвиняемому предлагается написать собственноручно объяснение.

Получение образцов для сравнительного исследования как самостоятельное действие — это процессуальное изъятие органом расследования у подозреваемого, обвиняемого, свидетеля или потерпевшего объектов, отражающих их биологические или психофизические свойства с целью проведения экспертизы.

Самостоятельное процессуальное действие в виде получения образцов для сравнительного исследования обладает следующими особенностями. Во-первых, образцы отбираются только от живых лиц — подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля (ч. 1 ст. 202). В противном случае используются другие способы собирания доказательств (например, осмотр трупа). Во-вторых, образцы не обладают признаками вещественных доказательств, в первую очередь неповторимостью. Например, микрочастицы из-под ногтей подозреваемого, сохранившие кровь потерпевшего, изымаются с помощью освидетельствования (ст. 179). В-третьих, образцы, получаемые путем специального процессуального действия, недоступны для эксперта.

Основанием для производства рассматриваемого действия является необходимость идентификации живого лица по оставленным им следам. Получение образцов у свидетеля и потерпевшего допускается только для проверки, оставлены ли ими следы в определенном месте или на вещественных доказательствах¹.

Получение образцов производится по общим правилам производства следственных действий, с вынесением постановления и составлением протокола. В данном действии целесообразно участие специалиста или эксперта, а также понятых, если применяется принуждение.

Получение образцов для сравнительного исследования может осуществляться также самим экспертом, если является частью экспертного исследования (ч. 4 ст. 202 УПК). Эксперту запрещено самостоятельно собирать материал для экспертизы, поэтому получить образцы во время экспертизы он может при соблюдении двух условий. Во-первых, образцы не должны быть индивидуально-определенными и место их обнаружения не должно иметь значения (например, каталоги, техническая документация, образцы патронов для отстрела), иначе надо проводить обыск, выемку или осмотр. Во-вторых, образцы должны быть доступны для эксперта. Так, если обвиняемый (подозреваемый) находится в медицинском стационаре в связи с производством в отношении него судебной экспертизы, то у него могут быть получены образцы

¹ Если образцы отбираются от них с целью уличить в совершении преступления (например, по делу об изнасиловании у свидетеля отбираются образцы крови или спермы, по делу о подлоге отбираются образцы почерка), то такое лицо приобретает статус подозреваемого (см. Постановление Конституционного Суда РФ от 27.06.2000 № 11-П по делу Маслова).

в рамках экспертизы как часть экспертного исследования. И наоборот, когда обвиняемый как объект исследования недоступен эксперту, то получение образцов производится следователем.

Иногда для экспертизы необходимо длительное и непрерывное наблюдение лиц, для этого предусмотрено *помещение в медицинский или психиатрический стационар* (ст. 203 УПК)¹. Помещение в стационар — это мера процессуального принуждения, состоящая во временном содержании обвиняемого или подозреваемого в медицинском стационаре для обеспечения его экспертного исследования. Принудительное стационарное обследование допускается только в отношении обвиняемых или подозреваемых. Если обвиняемый или подозреваемый не заключены под стражу, помещение их в стационар допускается лишь по судебному решению (п. 3 ч. 2 ст. 29). Однако перевод лица, содержащегося под стражей, в психиатрический стационар также производится лишь по решению суда (ч. 1 ст. 435). Потерпевший и свидетель могут быть направлены в стационар только в добровольном порядке и потому без решения суда.

Необходимость стационарного обследования обычно определяется на основе специальных познаний (после амбулаторной экспертизы, разъяснений специалиста). При этом сама судебно-медицинская или судебно-психиатрическая экспертиза может быть обязательной (ст. 196).

Порядок помещения в медицинский стационар регулируется ст. 203, 435 УПК². При этом в любом случае обвиняемый (его защитник и законный представитель) должны иметь право участия в судебном заседании суда (п. 16 ч. 4 ст. 47)³.

Орган, назначивший судебную экспертизу и поместивший обвиняемого или подозреваемого в медицинский стационар в принудительном порядке, обязаны в течение 24 часов известить об этом названное им лицо, а при отсутствии такового — сообщить в орган внутренних дел по месту жительства указанного лица (ст. 29 Закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»). Названный Закон устанавливает сроки и правила содержания в медицинском стационаре (ст. 30—32). Первоначально срок содержания устанавливается до 30 суток.

В случае необходимости по мотивированному ходатайству эксперта или комиссии экспертов срок пребывания лица в медицинском стационаре может быть продлен постановлением судьи районного суда по месту нахождения стационара еще на 30 дней. При этом общий срок пребывания лица в стационаре при производстве одной судебной экспертизы не может превышать 90 дней. Время принудительного пребывания в медицинском стационаре засчитывается в срок содержания под стражей (п. 3 ч. 10 ст. 109 УПК).

Решения о принудительном помещении в медицинский стационар, о продлении срока пребывания в нем могут быть обжалованы в кассационном порядке.

¹ Понятия медицинского, психиатрического и судебно-психиатрического стационара даны в ст. 9 Федерального закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации».

² Процессуальный закон лишь формально различает порядок помещения в медицинский стационар для содержащихся под стражей в соответствии со ст. 108, а для находящихся на свободе — ст. 165.

³ См. определения Конституционного Суда РФ от 18.06.2004 № 206-О; от 08.06.2004 № 194-О.

§ 1. ОСНОВАНИЯ И ПОРЯДОК ПРИВЛЕЧЕНИЯ ЛИЦА В КАЧЕСТВЕ ОБВИНЯЕМОГО

1. Понятие привлечения лица в качестве обвиняемого

Привлечение в качестве обвиняемого — это выдвижение в ходе предварительного расследования *первоначального обвинения*, т.е. первого официального утверждения органа уголовного преследования о доказанности совершения определенным лицом деяния, запрещенного уголовным законом. Привлечение в качестве обвиняемого равнозначно привлечению лица к уголовной ответственности, но не ее наступлению (реализации), ибо обвиняемый до вступления в законную силу приговора суда считается невиновным (ст. 14 УПК). Именно в этом значении термин «привлечение к уголовной ответственности» употребляется в УПК (п. 2 ч. 1 ст. 154, ч. 3 ст. 214, ч. 3 ст. 414) и в УК РФ (ст. 299). О понятиях первоначального и окончательного обвинения см. п. 4 § 1 гл. 3 и § 1 гл. 13 учебника.

Привлечение в качестве обвиняемого необходимо отличать, во-первых, от процессуальных действий, обозначающих возникновение подозрения в совершении лицом преступления, которые имеют подготовительный характер по отношению к формированию обвинения — привлечение к уголовному преследованию (ст. 23), возбуждения уголовного дела в отношении определенного лица (п. 1 ч. 1 ст. 46), уведомления о подозрении (ст. 223.1); во-вторых, от функции обвинения или уголовного преследования — общей деятельности по подготовке и поддержанию обвинения (п. 55 ст. 5, ст. 21); в-третьих, от формирования окончательного обвинения — составления обвинительного заключения, обвинительного акта. Первоначальное обвинение иногда может совпадать с обвинением окончательным, тогда привлечение в качестве обвиняемого как отдельный процессуальный институт отсутствует. Так происходит при принятии заявления потерпевшего по делам частного обвинения (ч. 7 ст. 318), а также при составлении обвинительного акта по окончании дознания (ст. 225).

Выдвижение первоначального обвинения является центральным этапом стадии предварительного расследования и имеет следующее процессуальное значение:

- определяет пределы дальнейшего производства, которое будет вестись только в отношении привлеченных лиц и только по тем преступлениям, по которым они привлечены к уголовной ответственности в качестве обвиняемых;

- означает появление в процессе такого его участника, как обвиняемый (ч. 1 ст. 47), а также начало защиты от определенного обвинения;

- создает ординарные условия для применения мер процессуального принуждения в отношении обвиняемого (мер пресечения, отстранения от должности).

В российском уголовном судопроизводстве в структуре привлечения лица в качестве обвиняемого принято выделять три элемента: а) вынесение постановления о привлечении в качестве обвиняемого; б) предъявление обвинения; в) допрос обвиняемого.

2. Основания и условия привлечения в качестве обвиняемого

Уголовно-процессуальный закон требует привлекать в качестве обвиняемого только «при наличии достаточных доказательств, дающих основания для обвинения

лица в совершении преступления» (ч. 1 ст. 171 УПК). Смысл этого требования и, соответственно, *основания* для привлечения лица в качестве обвиняемого состоит в следующем.

Во-первых, по делу должно быть установлено *совершение определенным лицом конкретного преступления или преступлений*, что является фактическим основанием обвинения¹. Это означает, что к моменту вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого должны быть доказаны все юридически значимые обстоятельства, необходимые для квалификации, а именно:

— событие преступления, включая время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления (п. 1 ч. 1 ст. 73);

— виновность лица в совершении преступления (п. 2 ч. 1 ст. 73);

— отсутствие обстоятельств, исключающих преступность и наказуемость деяния (п. 5 ч. 1 ст. 73).

Иные обстоятельства, указанные в ст. 73 (характеризующие личность обвиняемого, размер причиненного ущерба; обстоятельства, способствовавшие совершению преступления), могут быть установлены и на следующем этапе предварительного следствия — при условии, если они не влияют на квалификацию содеянного.

Во-вторых, указанные выше обстоятельства должны быть установлены на основе *достаточных уголовно-процессуальных доказательств* (информационное основание обвинения). Данные непроцессуального характера (например, оперативно-розыскная информация) не могут быть положены в основу обвинения. Понятие достаточности доказательств применительно к данному институту законом не раскрывается, что требует решения этой проблемы на теоретическом уровне.

В теории российского уголовного процесса мнения по этому вопросу разделились. Некоторые авторы полагают, что обстоятельства, служащие фактическим основанием для привлечения лица в качестве обвиняемого, не всегда должны быть установлены достоверно. Основным аргументом сторонников этой точки зрения является то, что к моменту привлечения лица в качестве обвиняемого следователь часто еще не располагает всей совокупностью доказательств, которые могут быть собраны на предварительном следствии, так как процесс доказывания в этой стадии пока не завершен². Другая точка зрения состоит в том, что достаточными для привлечения в качестве обвиняемого являются доказательства, которые ведут к достоверному выводу о его виновности³.

¹ Основания для принятия любого процессуального решения можно представить как систему, имеющую три иерархических уровня: а) юридический, состоящий из правовых норм, предусматривающих соответствующее процессуальное действие; б) фактический, включающий обстоятельства, выступающие в качестве причин и условий его проведения; в) информационный, требующий наличия определенных сведений, указывающих на эти обстоятельства. Здесь мы рассматриваем фактический и информационный уровни основания для привлечения лица в качестве обвиняемого. Юридическим основанием для этого процессуального действия являются нормы, предусмотренные ст. 171 УПК и соответствующими статьями УК РФ.

² См.: *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса: В 2 т. М.: Наука. 1970. Т. II. С. 84—85; *Карнеева Л.М.* Привлечение к уголовной ответственности. Законность и обоснованность. М.: Юрид. лит., 1972. С. 105, 116.

³ См.: *Алексеев Н.С., Лукашевич В.З.* Ленинские идеи в советском уголовном судопроизводстве (возбуждение дела и предварительное расследование). Л.: ЛГУ, 1970. С. 78—90.

Представляется, что причина научного спора кроется в не вполне корректном отождествлении понятий «объективная истина» и «достоверность знания». Как отмечалось нами ранее (§ 3 гл. 4 учебника), достоверность есть представление об истине в нашем сознании, характеристика доказательности знания. Достоверным является вывод, в отношении которого не возникает разумных сомнений, т.е. отсутствуют какие бы то ни было исключения из практического опыта, находящегося в распоряжении субъекта познания. В данном случае таким субъектом является следователь, для которого практический опыт выражается, прежде всего, в совокупности собранных им по делу доказательств. Но достоверность познания, как правило, несет в себе абстрактную возможность иного вывода по той простой причине, что объем подтверждающего достоверность опыта, находящегося в распоряжении отдельного субъекта, всегда ограничен. Так, при привлечении лица к уголовной ответственности у следователя не должно быть практических сомнений в виновности обвиняемого, поскольку весь собранный им на этот момент объем доказательств однозначно и непротиворечиво указывает именно на это обстоятельство. Однако следует иметь в виду, что виновность лица пока установлена следователем на основе относительно ограниченного объема практики (доказательств) — без учета всех доводов и доказательств защиты, которые, возможно, будут выдвинуты ею после предъявления обвинения и, как следует абстрактно предположить, способны поставить его под сомнение. Иначе говоря, наличные доказательства при привлечении лица в качестве обвиняемого должны приводить следователя к однозначному, и потому достоверному, выводу о виновности обвиняемого, но этот вывод (как и всякое достоверное суждение) относителен. Поэтому после привлечения лица в качестве обвиняемого процесс доказывания может продолжаться по трем основным направлениям: а) опровержение или подтверждение доводов защиты; б) доказывание новых или других существенных обстоятельств совершения преступления, выявленных следователем по собственной инициативе; в) установление остальных элементов предмета доказывания, которые могут не определять квалификацию преступления, если они не были выяснены ранее.

Кроме наличия оснований, для привлечения лица в качестве обвиняемого необходимо соблюдение ряда других условий:

— обвинение, на наш взгляд, может быть выдвинуто только по *событиям (фактам)*, тождественным с точки зрения своего фактического содержания тем, по которым возбуждалось данное уголовное дело. Например, в рамках уголовного дела, возбужденного лишь по факту незаконного ношения лицом оружия, нельзя привлечь его в качестве обвиняемого за убийство или незаконный сбыт наркотиков — для этого требуется возбуждение новых уголовных дел и соединение их с данным делом. В то же время при тождественности установленного события (событий) квалификация преступления, данная при возбуждении дела, может быть «свободно» изменена на другую либо дополнена: например, незаконное хранение огнестрельного оружия переквалифицировано на его незаконное изготовление, квалификация хулиганских действий дополнена умышленным причинением *при их совершении* тяжкого или средней тяжести вреда здоровью и т.д. Это условие не нарушается и тогда, когда по делу, возбужденному в отношении конкретного лица, в качестве обвиняемого привлекается другой человек, если в отношении первого лица уголовное преследование прекращено в связи с его непричастностью к совершению преступления¹;

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 3.

— надлежащий субъект выдвижения обвинения. Постановление о привлечении в качестве обвиняемого должно быть вынесено не подлежащим отводу, принявшим дело к производству следователем, руководителем следственного органа (или дознавателем в случаях, предусмотренных ч. 3 ст. 224), с соблюдением правил подследственности. При выполнении неотложных следственных действий по делу, подследственному другому органу расследования, в порядке ч. 5 ст. 152, ст. 157 УПК обвинение выдвигать нельзя;

— отсутствие ограниченного служебного иммунитета у «потенциального» обвиняемого (ст. 447). Для выдвижения обвинения против таких лиц установлен особый порядок (ст. 448).

3. Постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого

Первым этапом привлечения лица в качестве обвиняемого является вынесение об этом постановления, в котором содержится первоначальное обвинение. Содержание и форма постановления детально регулируются законом (ч. 2 ст. 171 и приложением 92 к ст. 476 УПК). Постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого должно полно и точно отразить фактическую и юридическую стороны первоначального обвинения.

Понятие *фактической стороны обвинения* равнозначно понятию *объема обвинения*. В постановлении требуется подробно описать конкретные обстоятельства каждого вменяемого в вину преступления, все признаки состава преступления и все квалифицирующие обстоятельства. В частности, в нем должны быть отражены форма вины и необходимые для квалификации некоторых составов мотив и цель преступления. При обвинении в преступлении, связанном с нарушением подзаконных нормативных актов, необходимо указать, какие именно их нормы нарушены (например, положения правил дорожного движения, инструкций по технике безопасности). Если по делу уже установлены иные обстоятельства, указанные в ч. 1 ст. 73, то они также могут быть приведены в постановлении (например, отягчающие и смягчающие вину обстоятельства).

УПК РФ формально не требует в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого приводить ссылки на доказательства, подтверждающие обвинение (ч. 2 ст. 171).

Буквальное толкование ст. 171 УПК обычно приводит на практике к тому, что в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого доказательства не указываются. Однако это положение находится в противоречии с общим требованием о необходимости обоснованности и мотивированности постановлений (ч. 4 ст. 7), т.е. письменного анализа всех оснований принимаемых решений в самом их тексте. Но важнейшим элементом оснований для привлечения в качестве обвиняемого являются доказательства обвинения (ч. 1 ст. 171). Отсутствие ссылок на доказательства обвинения в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого не только ущемляет право на защиту, но и противоречит международно-правовому праву обвиняемого «быть незамедлительно и *подробно* уведомленным на понятном ему языке о характере и *основании* предъявленного ему обвинения» (подп. «а» п. 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г.). Подробное уведомление об основаниях обвинения означает ознакомление с доказательствами (еще раз

напомним, что именно их ч. 1 ст. 171 УПК считает основанием обвинения). Без уведомления об обосновывающих обвинение доказательствах сторона защиты не может полноценно выполнять свою функцию. Если лицо знает лишь то, *в чем* его обвиняют, но не знает, на основании *чего*, оно не может оспаривать аргументы своего процессуального противника. Это не только не способствует подлинной обоснованности обвинения, но и нарушает равноправие сторон как элемент состязательности (ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, ст. 15 УПК), предоставляя незаслуженное преимущество обвинителю.

Учитывая приоритет международно-правовых и конституционных норм перед отраслевым законодательством, следует, на наш взгляд, признать обязанность следователя указывать основные доказательства обвинения в постановлении о привлечении лица в качестве обвиняемого¹.

Юридическая сторона обвинения означает его уголовно-правовую формулировку, оценку. Она излагается в постановлении в соответствии с диспозицией уголовно-правовой нормы с указанием пунктов, частей и статей УК РФ. При этом в необходимых случаях следует ссылаться и на нормы Общей части УК РФ (соучастие, неоконченное преступление, рецидив).

На практике получило распространение явление, которое можно назвать «квалификацией с запасом», когда следователь при малейшем сомнении в юридической оценке деяния пытается вменить обвиняемому максимально тяжкое преступление из всех возможных в данном случае. При этом расчет делается на то, что государственный обвинитель и суд могут «смягчить» квалификацию, но не смогут ее «ужесточить». Такая практика противоречит закону. В результате обвинение опирается на необоснованное предположение, а его завышенная тяжесть является условием для применения более строгих мер процессуального принуждения. В частности, это может привести и к незаконному заключению обвиняемого под стражу.

Обвинение должно быть конкретным по отношению к преступлениям и индивидуальным по отношению к лицам. Поэтому при обвинении лица в совершении совокупности преступлений в постановлении о привлечении его в качестве обвиняемого каждое преступление должно быть описано отдельно. Личный характер обвинения служит причиной, по которой постановление о привлечении в качестве обвиняемого выносится в отношении каждого лица, обвиняемого по одному и тому же делу.

§ 2. ПРЕДЪЯВЛЕНИЕ ОБВИНЕНИЯ И ДОПРОС ОБВИНЯЕМОГО

1. Предъявление обвинения

Первоначальное обвинение, содержащееся в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого, должно быть ему предъявлено не позднее 3 суток со дня вынесения. Ограничение времени для предъявления обвинения реализует международно-правовые принципы: право обвиняемого «быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании

¹ Аналогичная позиция была ранее высказана в литературе: *Жогин Н.В.* Прокурорский надзор за предварительным расследованием уголовных дел. М., 1968. С. 139—140; *Леви А.А., Шадрин В.С.* Об участии защитника в предварительном следствии // Соц. законность. 1987. № 4. С. 87; *Зинатуллин З.З.* Общие проблемы обвинения и защиты. Ижевск, 1989. С. 24.

предъявленного ему обвинения» и одновременно право иметь достаточное время и возможности для подготовки защиты (подп. «а» и «б» п. 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г.).

Обвинение может быть предъявлено и по истечении трехсуточного срока, если для этого существуют объективные препятствия, как-то: неявка обвиняемого или его защитника; невозможность вызова обвиняемого из-за неизвестности места его нахождения; кратковременная болезнь обвиняемого; помещение обвиняемого в психиатрический стационар для производства судебно-психиатрической экспертизы (ч. 3 ст. 203 УПК); стихийное бедствие и др. В этих случаях обвинение предъявляется в день фактической явки обвиняемого или в день его привода.

Обвинение всегда должно предъявляться в присутствии защитника, за исключением случая, когда принят отказ обвиняемого от защитника (п. 1 ч. 1 ст. 51). Если защитник ранее в деле не участвовал, то перед предъявлением обвинения обвиняемому разъясняется и обеспечивается его право на помощь защитника. При предъявлении обвинения обеспечивается участие в необходимых случаях законных представителей несовершеннолетнего обвиняемого (п. 2 ч. 2 ст. 426) и переводчика (ст. 18, 196). Постановление о привлечении в качестве обвиняемого должно переводиться на родной язык обвиняемого или на язык, которым он хорошо владеет. Копия переведенного постановления не только вручается обвиняемому, но и остается в деле.

Следователь извещает обвиняемого и его защитника о дне предъявления обвинения (ч. 2—4 ст. 172). Это означает заблаговременность вызова с тем, чтобы обвиняемый мог подготовиться к предъявлению обвинения, в том числе получить помощь защитника. Содержащийся в следственном изоляторе обвиняемый должен быть заблаговременно уведомлен о дне, когда ему будет предъявлено обвинение в этом же следственном изоляторе. Администрация места содержания обвиняемого под стражей обязана обеспечить участие обвиняемого в процессуальном действии — предъявлении обвинения в виде предоставления помещений для этого или передачи обвиняемого конвою для доставки по месту совершения процессуальных действий (ст. 28 Федерального закона от 15.07.95 г. «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»).

Уведомление и вызов обвиняемого, не достигшего 16 лет, как правило, производится через его законных представителей либо через администрацию по месту его работы или учебы (ч. 4 ст. 188 УПК). Вызов несовершеннолетнего, который содержится в закрытом детском учреждении, производится через администрацию этого учреждения. Обвиняемый, являющийся военнослужащим, вызывается через командование воинской части (ч. 5 ст. 188).

Процедура предъявления обвинения состоит из совокупности последовательных действий: 1) удостоверение в личности обвиняемого и его защитника; 2) объявление постановления о привлечении; 3) разъяснение существа обвинения; 4) разъяснение прав обвиняемого; 5) фиксация указанных моментов в постановлении; 6) вручение копий постановления о привлечении в качестве обвиняемого.

Удостоверение в личности обвиняемого возможно не только по документам, которые могут отсутствовать или оказаться поддельными. Оно может быть осуществлено путем предъявления для опознания, со слов и другими способами (даже визуально, если следователь уже ранее удостоверился в его личности, например, при допросе в качестве подозреваемого). Если после предъявления обвинения выяснится, что об-

виняемый в действительности является не тем лицом, данные которого указаны в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого, то это влечет необходимость изменения обвинения (в части неправильных данных о личности обвиняемого) в порядке, предусмотренном ч. 1 ст. 175.

Объявление постановления о привлечении в качестве обвиняемого может быть сделано путем его прочтения вслух следователем или путем прочтения самим обвиняемым. Обвиняемый и его защитник вправе получить бесплатно копию постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого, которую целесообразно вручить при объявлении постановления.

Разъяснение существа обвинения — это обязанность, которая возлагается на следователя (разумеется, что защитник также не освобождается от выполнения своих обязанностей по оказанию юридической помощи своему подзащитному). Разъясняется не только существо обвинения, юридическое значение вменяемых в вину обстоятельств, но и содержание юридических терминов в формулировке обвинения. Разъяснение прав обвиняемого производится в соответствии с перечнем этих прав, закрепленным в ст. 47. Кроме прав, целесообразно разъяснить обязанности обвиняемого (являться по вызову, не препятствовать производству по делу и др.) и последствия их нарушения (привод, избрание более строгой меры пресечения).

В постановлении о привлечении в качестве обвиняемого делаются записи о выполнении всех указанных выше действий, что удостоверяется подписями обвиняемого и его защитника. Отказ обвиняемого от подписи должен быть предотвращен разъяснением значения его подписи не как признания вины, а как удостоверения факта предъявления обвинения. При отказе обвиняемого от подписи в постановлении делается соответствующая запись (ч. 7 ст. 172, ст. 167).

После вынесения постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого копия этого постановления направляется прокурору, вручается самому обвиняемому, его защитнику. По общему правилу это происходит после предъявления обвинения. Однако в тех случаях, когда обвинение в течение установленного трехсуточного срока предъявить невозможно, копии должны быть направлены указанным лицам еще до предъявления обвинения. Потерпевший вправе знать о предъявленном обвиняемому обвинении (п. 1 ч. 2 ст. 42), поэтому по ходатайству потерпевшего ему необходимо также направлять копию постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого.

2. Допрос обвиняемого

Допрос обвиняемого — это его процессуальный расспрос по предъявленному обвинению в целях: а) выяснения юридической позиции стороны защиты, б) предоставления обвиняемому возможности выдвинуть доводы в свою защиту, в) получения показаний обвиняемого.

Допрос обвиняемого является самостоятельным следственным действием, поэтому при его производстве применяются общие правила следственных действий (ст. 164) и общие правила допроса (ст. 187, 189 УПК). В то же время допрос обвиняемого является логическим продолжением предъявления обвинения и выступает заключительным этапом процедуры привлечения лица в качестве обвиняемого. Особенности допроса обвиняемого обусловлены тем, что сам обвиняемый является стороной в уголовном деле и дача показаний — это его право.

Уголовно-процессуальный закон требует допросить обвиняемого немедленно после предъявления ему обвинения (ч. 1 ст. 173 УПК). Незамедлительность производства допроса означает также запрет проводить другие следственные действия с участием обвиняемого без предоставления ему права дать показания по предъявленному обвинению.

Следователь обеспечивает участие защитника в допросе обвиняемого. При этом допрос откладывается до окончания конфиденциального свидания обвиняемого с защитником, продолжительность которого законом не ограничена (п. 9 ч. 4 ст. 47). Допрос откладывается и для обеспечения явки защитника, когда его участие обязательно (ст. 51). Показания обвиняемого, данные без участия защитника, всегда признаются недопустимыми, если обвиняемый отказывается от них в суде (п. 1 ч. 2 ст. 75).

Перед допросом обвиняемому еще раз должны быть разъяснены его права (ч. 6 ст. 47), в том числе предоставляемые во время допроса. Это право на отказ от дачи показаний, на дачу показаний на языке, которым он владеет, на ознакомление с протоколом, на принесение замечаний на протокол, поправок, дополнений и уточнений.

В ходе допроса от обвиняемого может исходить информация, отражающая:

юридическую позицию стороны защиты. Это заявление о полном, частичном признании вины или о ее непризнании. Позиция обвиняемого должна быть определена в начале допроса. Важно помнить, что признание обвиняемым своей вины не может быть положено в основу обвинения без подтверждения его виновности совокупностью других доказательств (ч. 2 ст. 77);

объяснения обвиняемого, т.е. выдвигаемые им версии, предположения, аргументы, разъясняющие те или иные обстоятельства дела и их взаимосвязь. Значение для процесса доказывания версий и предположений обвиняемого, содержащихся в его объяснениях, состоит в том, что обвинитель обязан их проверить с целью подтверждения или опровержения¹. Будучи неопровергнутыми, объяснения обвиняемого должны толковаться в его пользу;

показания обвиняемого — это информация об *обстоятельствах*, которые обвиняемый ранее воспринимал. Показания обвиняемого являются самостоятельным источником доказательств (ст. 77) и должны быть подробно зафиксированы в протоколе. Не соответствует закону практика, когда следователь ограничивается в протоколе допроса лишь записью о том, что обвиняемый полностью подтверждает показания, ранее данные им в качестве подозреваемого или свидетеля.

Обвиняемый вправе отказаться от дачи показаний, а показания, данные им без участия защитника, не имеют доказательственного значения при последующем неподтверждении их самим обвиняемым в суде (п. 1 ч. 2 ст. 75). Этим обеспечивается добровольность его показаний. Отказ обвиняемого не освобождает следователя от составления протокола допроса, так как основная цель последнего — предоставить обвиняемому возможность изложить свою позицию и доводы. Отказ от дачи показаний может быть заявлен в любой момент допроса. При частичном отказе от дачи показаний он продолжается в обычном порядке. Юридическое значение отказа обвиняемого от дачи показаний состоит в запрете толковать его против обвиняемого,

¹ В отличие от подозреваемого и обвиняемого, предположения свидетеля и потерпевшего не порождают безусловной обязанности следователя или дознавателя проверять их. Однако свидетель и потерпевший могут в ходе допроса дать и свои объяснения тех или иных событий, которые следователь вправе занести в протокол и при необходимости проверить.

а также в запрете при наличии такого отказа повторно его допрашивать (ч. 4 ст. 173). В случае отказа от дачи показаний на первом допросе повторный допрос обвиняемого по тому же обвинению или получение его показаний в ходе других следственных действий (например, при проведении опознания) может иметь место только по просьбе или с согласия самого обвиняемого. Это правило устанавливает запрет воздействия на обвиняемого путем многократных повторных допросов. Однако допрос по новому или измененному обвинению проводится без просьбы обвиняемого.

Обвиняемый имеет право на дачу показаний в любой момент расследования. Его просьба о повторном допросе подлежит удовлетворению вне зависимости от его согласия или отказа дать показания на первом допросе.

Ход и результаты каждого допроса обвиняемого фиксируются в протоколах (ст. 174).

§ 3. ИЗМЕНЕНИЕ И ДОПОЛНЕНИЕ ОБВИНЕНИЯ. ЧАСТИЧНОЕ ПРЕКРАЩЕНИЕ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

Состязательный уголовный процесс ведется по выдвинутому обвинению, поэтому для изменения обвинения закон устанавливает специальные правила, обеспечивающие право обвиняемого на защиту.

Первоначальное обвинение имеет предварительный характер, оно может быть скорректировано в ходе дальнейшего производства по делу (ст. 175 УПК). Закон различает две формы корректировки обвинения в ходе предварительного расследования: а) изменение или дополнение обвинения; б) частичное прекращение уголовного преследования. Их основания и процедура существенно различаются.

Изменение и дополнение обвинения возможно по двум основным направлениям: *изменение или дополнение фактической стороны (объема) обвинения* при сохранении уголовно-правовой квалификации деяния: например, изменяется утверждение о времени и месте совершения преступления, включаются дополнительные эпизоды преступной деятельности и т.д. В этих случаях тяжесть обвинения может увеличиться или остаться прежней, однако возникает, по существу, другое обвинение, от которого обвиняемый должен иметь возможность заново защищаться;

изменение или дополнение юридической стороны обвинения. Оно предполагает: а) изменение квалификации деяния на другое преступление, например с кражи (ст. 158 УК РФ) на грабеж (ст. 160 УК РФ); б) изменение некоторых квалифицирующих признаков данного преступления, например угрозы применения насилия при вымогательстве на угрозу уничтожения или повреждения имущества (ст. 163 УК РФ); в) включение в квалификацию преступной деятельности обвиняемого дополнительных составов преступлений (при их совокупности). Причиной этого может служить как изменение фактической стороны обвинения, так и иная уголовно-правовая оценка прежних фактических обстоятельств. Изменение квалификации первоначального обвинения не только в сторону его ужесточения, но даже в сторону смягчения влечет обязанность следователя вынести и предъявить новое постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого.

При необходимости изменения или дополнения выдвинутого обвинения следователь повторяет вновь всю процедуру привлечения лица в качестве обвиняемого:

выносит новое постановление о привлечении в качестве обвиняемого, предъявляет измененное обвинение и вновь допрашивает обвиняемого по измененному обвинению.

От изменения или дополнения первоначального обвинения следует отличать *прекращение уголовного преследования в определенной его части* при неподтверждении части обвинения, т.е. исключении из него одного или нескольких эпизодов преступной деятельности либо отдельных фактов (например, исключение из объема похищенного некоторых предметов, если это не влечет изменения квалификации хищения), либо отдельных составов преступлений. В отличие от изменения обвинения в этих случаях место прежних фактических обстоятельств дела или юридических оценок не занимают другие — напротив, это место освобождается, а обвинение как бы сжимается.

Копия постановления о прекращении преследования направляется заинтересованным лицам и прокурору (ст. 213 УПК). Прекращение преследования в части само по себе еще не означает незаконности и необоснованности привлечения в качестве обвиняемого, так как первоначальное обвинение выдвигается следователем еще без учета доводов защиты.

**§ 1. ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО
РАССЛЕДОВАНИЯ****1. Понятие и значение приостановления
предварительного расследования**

Приостановление предварительного расследования — это временный перерыв в производстве процессуальных действий, вызванный, как правило, невозможностью участия в них обвиняемого (подозреваемого), сопровождаемый принятием мер по устранению возникших препятствий для движения дела. Если, например, такое решение, как прекращение уголовного дела, разрешает его по существу и завершает уголовный процесс в целом, то приостановление расследования не означает, что по нему полностью прекращена процессуальная деятельность, она продолжается, но в особых формах (см. о них § 2 настоящей главы). Дело, приостановленное расследованием, числится за следователем или дознавателем, оно находится как бы «в дремлющем» состоянии и обязывает органы уголовного преследования принимать меры к устранению препятствий для его дальнейшего движения.

Приостановление производства по делу возможно не только в досудебном (гл. 28 УПК), но и в судебном производстве (ст. 238 УПК).

Значение данного института состоит в том, что у органа предварительного расследования высвобождается время для активной работы по другим уголовным делам, в производстве по которым не возникло препятствий. По делу, приостановленному расследованием, не производятся следственные действия, не применяются меры процессуального принуждения, останавливается течение сроков расследования (ч. 3 ст. 162). С другой стороны, приостановление расследования — это лишь временный перерыв в его производстве; оно возобновляется, как только основания для приостановления отпадают.

Приостановление предварительного расследования — это институт отечественного уголовно-процессуального права. Он был известен Уставам уголовного судопроизводства 1864 г. в виде приостановления обвинения (уголовного преследования)¹, затем он был воспринят Уголовно-процессуальным кодексом РСФСР 1922 г. и 1923 г. При этом решение вопроса о приостановлении производства входило в компетенцию только суда. В УПК РСФСР 1960 г. приостановление дела получило современный вид, когда решение об этом стал принимать сам орган предварительного расследования.

Российский институт приостановления производства по уголовному делу связан с установлением законом сроков предварительного расследования и жестким порядком их продления. Предварительное расследование должно быть закончено в определенный срок, поэтому всякая временная невозможность продолжения расследования, способная нарушить эти сроки, должна быть обоснована и мотивирована в особом решении. В процессуальных системах, в которых сроки предварительного расследо-

¹ См.: *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. С. 47—49.

вания законом прямо не ограничены (Англия, США, Франция, Германия и др.), институт приостановления расследования отсутствует.

2. Условия и основания приостановления предварительного расследования

Условия для приостановления производства по делу — это такие обстоятельства, которые сами по себе не влекут приостановление дела, но без наличия которых принять данное решение нельзя. Эти условия делятся на общие (распространяющиеся на все основания) и специальные (относящиеся к отдельным основаниям). Отсутствие необходимых условий может повлечь принятие иных решений: прекращение дела или продолжение расследования, в том числе с продлением сроков следствия и дознания.

Общими условиями для приостановления предварительного расследования являются следующие.

Во-первых, выполнение всех следственных действий, производство которых возможно в отсутствие подозреваемого или обвиняемого. Это условие вытекает из обязанности осуществления уголовного преследования: принятия всех мер по установлению события преступления и изобличению лиц, его совершивших (ч. 2 ст. 21 УПК). Следователь обязан привлечь виновного к уголовной ответственности, т.е. вынести постановление о привлечении его в качестве обвиняемого. Поэтому приостановление дела в отношении подозреваемого допускается, как правило, лишь при производстве дознания, в котором обвиняемый появляется лишь на этапе его окончания — с момента вынесения обвинительного акта (ст. 47, 225).

Во-вторых, отсутствие обстоятельств, влекущих прекращение дела. Отсутствие события, состава преступления, истечение сроков давности, смерть подозреваемого или обвиняемого и т.д. исключают возможность приостановления расследования по делу, так как оно должно быть прекращено (ст. 24).

Основания для приостановления расследования по делу — это наличие предусмотренных законом обстоятельств, которые препятствуют дальнейшему производству. Эти препятствия принято делить на физические и юридические.

Физические препятствия есть невозможность участия обвиняемого (подозреваемого) в процессуальных действиях. Это участие обеспечивает одно из важных начал состязательного процесса — принцип очности. УПК РФ предусматривает четыре физических основания для приостановления расследования (ч. 1 ст. 208).

1. *Лицо, подлежащее привлечению в качестве обвиняемого, не установлено.* Это означает, что по делу не собрано доказательств виновности какого-либо конкретного лица в совершении преступления. Может оказаться так, что предполагаемый преступник останется неизвестным органам уголовного преследования, и тогда в уголовном деле так и не появится фигура подозреваемого или обвиняемого.

Специальными условиями приостановления предварительного следствия в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого, являются:

— истечение срока предварительного следствия (ст. 162);

— принятие всех мер по установлению лица, совершившего преступление (о содержании данного условия см. следующий параграф).

Приостановление дела в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого, свидетельствует, что преступление остается нераскрытым.

2. *Подозреваемый или обвиняемый скрылся от расследования либо место его нахождения не установлено по иным причинам.* Это означает, что в деле отсутствуют доказательства о том, где находится подозреваемый или обвиняемый. В то же время данное основание может применяться в двух различных ситуациях, каждая из которых имеет разное юридическое значение.

Первая из них связана с тем, что подозреваемый или обвиняемый скрылся. В этом случае необходимо доказать, что он совершил умышленные действия по уклонению от органов расследования с целью избежать уголовного преследования. Приостановление дела по такому основанию влечет материально-правовое последствие — приостановление срока давности привлечения к уголовной ответственности (ч. 3 ст. 78 УК РФ) и может повлечь за собой процессуальное последствие в виде избрания лицу более строгой меры пресечения (ст. 97, 110 УПК).

Вторая ситуация может сложиться, когда местонахождение подозреваемого или обвиняемого не установлено по иным причинам, не в результате его умышленного уклонения (например, в случае его безвестного исчезновения при угрожающих жизни обстоятельствах — при стихийных бедствиях и т.п.). В данном случае течение срока давности может привести к прекращению дела (п. 3 ч. 1 ст. 24).

Специальными условиями для приостановления расследования по данному основанию являются:

- наличие в деле подозрения или обвинения. Наличие обвинения подтверждается постановлением о привлечении в качестве обвиняемого (ст. 47), а наличие подозрения — возбуждением дела в отношении лица его предшествующим задержанием или избранием меры пресечения (ст. 46);

- истечение срока предварительного следствия (ст. 162);

- принятие всех мер по установлению местонахождения обвиняемого или подозреваемого (о содержании данного условия см. следующий параграф);

- отсутствие оснований для заочного рассмотрения дела, предусмотренных ст. 247 УПК, если обвинение уже предъявлено.

3. *Место нахождения подозреваемого или обвиняемого известно, однако реальная возможность его участия в уголовном деле отсутствует.* Данное основание означает доказанность такого местонахождения подозреваемого или обвиняемого, откуда он не может прибыть по вызову или быть доставлен в срок, сопоставимый с ординарным сроком предварительного следствия (2 месяца). Например, он находится в дальнем плавании, или дальней экспедиции, или в другом государстве и уклоняется от явки (до решения вопроса о выдаче — экстрадиции лица предварительное следствие может быть приостановлено).

Данное основание применяется лишь при соблюдении *специального условия* — наличия в деле подозрения или обвинения.

4. *Временное тяжелое заболевание подозреваемого или обвиняемого.* Это основание служит для приостановления предварительного расследования при одновременном наличии следующих обстоятельств:

- тяжесть болезни такова, что препятствует участию подозреваемого или обвиняемого в процессуальных действиях;

— выздоровление или улучшение состояния здоровья подозреваемого или обвиняемого может наступить лишь после истечения установленного срока предварительного расследования.

Тяжкая и постоянная болезнь, исключающая возможность назначения лицу наказания, может повлечь за собой прекращение дела ввиду отсутствия общественной опасности этого лица (п. 1 ч. 1 ст. 439). Слишком малая продолжительность болезни по сравнению со сроком расследования не является основанием для приостановления расследования, но может вести к продлению его срока (например, в результате простуды обвиняемый в течение одной недели не может участвовать в процессуальных действиях).

Если болезнь лица представляет собой психическое расстройство (даже временное), то в целях приостановления расследования она не должна: а) исключать его вменяемости на момент совершения преступления; б) делать лицо опасным для общества. В первом случае уголовное дело может быть прекращено в связи с отсутствием состава преступления, во втором — направляется в суд для применения принудительных мер медицинского характера (ст. 433).

Наличие и характер болезни удостоверяются медицинским заключением, которое имеет значение заключения специалиста (ч. 3 ст. 80). Следователь вправе не ограничиваться одним медицинским заключением, а использовать все средства доказывания, в том числе заключение судебно-медицинского эксперта. Однако для установления *психического* заболевания подозреваемого или обвиняемого как основания для приостановления дела всегда необходимо проведение судебно-психиатрической экспертизы (п. 3 ст. 196).

Приостановление дела в связи с болезнью подозреваемого или обвиняемого допускается при соблюдении *специальных условий* — наличия в деле подозрения или обвинения, а также при отсутствии оснований для заочного рассмотрения дела, предусмотренных ст. 247 УПК, если обвинение уже предъявлено.

Кроме физических препятствий для движения дела, связанных с невозможностью участия в процессуальных действиях обвиняемого (подозреваемого), могут возникнуть некоторые препятствия юридического характера.

Юридические основания для приостановления предварительного расследования — это необходимость решения по нему правового вопроса, который находится вне компетенции органа предварительного расследования, ведущего данное уголовное дело. В настоящее время юридическим основанием для приостановления дела является ожидание решения Конституционного Суда РФ. Орган расследования вправе (но *не обязан*) приостановить уголовное дело, если получено уведомление Конституционного Суда РФ о том, что он принял к своему рассмотрению жалобу гражданина на нарушение его конституционных прав законом, который применен или подлежит применению в данном деле (ст. 98 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»). Таким образом, данное юридическое основание не является абсолютным препятствием для движения дела в стадии предварительного расследования¹.

¹ Вместе с тем ст. 103 того же Закона предусматривает *обязательное* приостановление производства по делу, когда суд общей юрисдикции сам обращается с запросом в Конституционный Суд о проверке конституционности применяемого или подлежащего применению в данном уголовном деле закона.

3. Порядок приостановления предварительного расследования

При наличии соответствующих оснований и условий следователь (дознатель) приостанавливает производство по делу. Порядок приостановления предварительного расследования состоит из четырех этапов.

1. *Выделение уголовного дела в отношении тех обвиняемых и подозреваемых, к которым относятся основания для приостановления дела.* Если по уголовному делу привлечено два или более обвиняемых, а основания для приостановления дела относятся не ко всем из них, то следователь вправе выделить в отдельное производство и приостановить дело в отношении отдельных обвиняемых (ч. 3 ст. 208 УПК). В этом случае в отношении остальных обвиняемых или подозреваемых производство по делу продолжается в обычном порядке.

Закон предусматривает *право* (но не обязанность) следователя выделить уголовное дело. Это значит, что следователь может не выделять дело в отношении отдельных обвиняемых, однако тогда он должен продолжить расследование. Не допускается приостанавливать все производство по делу, если основания для приостановления имеются лишь для некоторых обвиняемых. Иначе «доступные» обвиняемые (оставшиеся соучастники скрывшегося или заболевшего товарища) находились бы в неопределенном состоянии длительное время.

2. *Вынесение мотивированного постановления о приостановлении предварительного расследования.* Бланки таких постановлений предусмотрены приложениями 128 и 129 к ст. 476 УПК.

3. *Направление копии постановления прокурору и уведомление о принятом решении заинтересованных лиц.* После того как следователь или дознаватель вынес постановление о приостановлении предварительного расследования, копия данного постановления направляется прокурору (ч. 2 ст. 208).

Решение о приостановлении предварительного расследования препятствует доступу заинтересованных лиц к правосудию. В результате могут быть нарушены их конституционные права. В связи с этим после вынесения постановления о приостановлении расследования следователь или дознаватель должен уведомить об этом заинтересованных лиц и разъяснить порядок обжалования данного решения. Для этого им вручается письменное сообщение или направляется копия постановления сторонам: потерпевшему (п. 13 ч. 2 ст. 42); гражданскому истцу, гражданскому ответчику и их представителям (ч. 1 ст. 209). В постановлении о приостановлении предварительного расследования об этом делается отметка.

Подозреваемый, обвиняемый и их защитник не уведомляются о принятом решении лишь в том случае, когда они не участвуют в деле, т.е. если не установлено лицо, подлежащее привлечению в качестве обвиняемого (п. 1 ч. 1 ст. 208). В остальных случаях участники процесса со стороны защиты имеют право обжаловать принятое решение. Следовательно, они имеют право ознакомиться с этим постановлением. Например, обвиняемый скрылся от следствия, но в уголовном деле участвует его защитник, который имеет право получить копию постановления о приостановлении дела и обжаловать данное решение¹.

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 03.05.95 № 4-П по делу о проверке конституционности ст. 220¹ и 220² УПК РСФСР в связи с жалобой гражданина В. А. Аветяна // Российская газета. 12.05.95 г.

4. Разъяснение порядка обжалования решения о приостановлении предварительного расследования производится одновременно с уведомлением об этом решении.

Заинтересованным лицам разъясняется, что они по своему выбору имеют право обжаловать данное решение:

- руководителю следственного органа, уполномоченному отменять постановления следователя (п. 2 ч. 1 ст. 39 УПК);
- прокурору в порядке, предусмотренном ст. 123—124;
- начальнику подразделения дознания, который вправе отменить указанное постановление дознавателя (п. 3 ч. 1 ст. 40.1);
- в районный суд по месту производства предварительного следствия в порядке, предусмотренном ст. 125.

§ 2. ПРОИЗВОДСТВО ПО ПРИОСТАНОВЛЕННОМУ ДЕЛУ

1. Цели и средства производства по приостановленному делу

Приостановление предварительного расследования — это не только перерыв в процессуальной деятельности, но и принятие мер по устранению препятствий для движения дела. В зависимости от этих препятствий (оснований приостановления) производство по приостановленному делу ведется в целях получения информации:

- о лице, подлежащем привлечению в качестве обвиняемого;
- месте пребывания обвиняемого или подозреваемого;
- появлении реальной возможности участия в деле обвиняемого или подозреваемого;
- принятии Конституционным Судом РФ решения по вопросу о конституционности закона, который применен или подлежит применению в данном деле.

В большинстве случаев производство по приостановленному делу состоит из действий по установлению лица, совершившего преступление, или места пребывания обвиняемого (подозреваемого). Эти действия осуществляются и до приостановления дела. Так, следователь или дознаватель обязан выполнить все следственные действия, возможные в отсутствие обвиняемого (ч. 5 ст. 208 УПК). В целях установления преступника или розыска обвиняемого проводятся обыски, допросы свидетелей, контроль и запись переговоров, наложение ареста на почтово-телеграфную корреспонденцию и др. Напротив, после приостановления уголовного дела процессуальный закон запрещает проводить следственные действия (ч. 3 ст. 209). Это объясняется тем, что следственные действия, как правило, сопровождаются возможностью применения процессуального принуждения, которое в целях обеспечения прав граждан должно иметь срочный характер, т.е. осуществляться лишь в течение установленных сроков расследования. По смыслу закона запрет на проведение следственных действий означает и невозможность применения других мер процессуального принуждения. При необходимости производства следственных действий или применения принудительных процессуальных мер приостановленное предварительное расследование должно быть возобновлено. Таким образом, средства производства по приостановленному делу, как правило, не связаны с применением мер процессуального принуждения.

Содержание уголовно-процессуального производства по приостановленному делу составляет собирание доказательств путем истребования и принятия представленных

предметов и документов (ст. 86). Это может быть получение объяснений, направление запросов, получение справок и заключений специалиста, дача поручений органу дознания. Кроме того, следователь вправе получать и принимать к сведению непроцессуальную информацию, которая может явиться основанием для дополнительных следственных действий, а значит, для возобновления дела.

По делу, приостановленному расследованием, без его возобновления не могут исполняться: составление протокола задержания лица и его допрос в порядке ст. 92 УПК (но может иметь место, например, фактическое задержание скрывшегося лица на основании ч. 2 ст. 91, после которого производство расследования должно быть возобновлено как можно быстрее); меры пресечения; привод; временное отстранение от должности; денежное взыскание, помещение в медицинский стационар; экзгумация; принудительное получение образцов для сравнительного исследования и т.п. Решение о применении ранее избранной меры пресечения в отношении скрывшегося обвиняемого или подозреваемого также не может быть приведено в исполнение без возобновления расследования.

В то же время из запрета применения мер принуждения по делу, приостановленному расследованием, по нашему мнению, могут иметься некоторые исключения. Так, некоторое время может продолжать действовать арест на имущество — пока в применении этой меры не отпадет необходимость (ч. 9 ст. 115). Это необходимо для того, чтобы гражданский истец или прокурор подал соответствующее заявление в порядке гражданского судопроизводства и уголовно-процессуальный арест на имущество был заменен аналогичной мерой гражданского судопроизводства. Неопределенно долгое продолжение уголовно-процессуального ареста имущества нарушало бы конституционное право собственности.

Производство по уголовному делу, приостановленному расследованием, завершается либо прекращением уголовного дела в связи с истечением сроков давности (п. 3 ч. 1 ст. 24), либо возобновлением дела (ст. 211).

2. Розыск обвиняемого или подозреваемого и меры по установлению лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого

Органы уголовного преследования обязаны принять все предусмотренные законом меры по изобличению преступника (ч. 2 ст. 21 УПК). Поэтому на следователя возлагается обязанность принятия мер как по установлению лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого, так и по розыску обвиняемого или подозреваемого (ст. 210). Эти меры состоят в получении информации о личности предполагаемого преступника или о местонахождении обвиняемого (подозреваемого).

До приостановления предварительного расследования следователь или дознаватель обязаны лично осуществлять необходимые следственные действия и иные гласные розыскные мероприятия (называемые первоначальными розыскными мероприятиями). В целях установления лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого, проводятся следственные осмотры, контроль и запись переговоров потерпевшего и подозреваемого, допросы очевидцев, экспертизы, проверки по криминалистическим учетам, объявления в средствах массовой информации и др. В целях установления разыскиваемых лиц проводятся обыск, наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, адресованные связям обвиняемого; контроль и запись переговоров, до-

прос соседей, сослуживцев обвиняемого и иные мероприятия (например, направление запросов в различные учреждения). После приостановления расследования следователь или дознаватель вправе лишь истребовать и принимать представленные предметы и документы, так как производство следственных действий не допускается.

В случае обнаружения разыскиваемого лица оно может быть задержано, после чего незамедлительно должно быть возобновлено производство по делу.

Следователь и дознаватель вправе дать поручение органам дознания об установлении лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого, или о розыске обвиняемого (подозреваемого). Раскрытие преступлений, выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, а также розыск лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, являются задачами оперативно-розыскной деятельности (ст. 2 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»). Однако поручение органу дознания не освобождает следователя и дознавателя от принятия соответствующих процессуальных мер.

Поручение об установлении лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого, оформляется мотивированным постановлением (приложение 45 к ст. 476 УПК). Поручение о розыске дается либо в постановлении о приостановлении расследования, либо в отдельном постановлении, когда розыск объявляется еще до его приостановления.

Для эффективного розыска предварительно необходимо выявить подробные данные о личности обвиняемого. Ведомственными нормативными актами предусматривается составление следователем подробной справки о личности обвиняемого (подозреваемого) с указанием: фамилии, имени, отчества, даты и места рождения, описания внешности (с приведением особых примет, с приложением фотографий, дактилоскопических карт), привычек, родственных и иных связей, профессии, последнего места работы, места жительства, места и даты сокрытия, мест возможного появления, отношения к воинской службе, судимостей, мест отбывания наказания, паспортных данных, хронических заболеваний и мест их лечения и других сведений. Постановление об объявлении в розыск, с приложением копий постановлений о возбуждении дела, о задержании, приводе, привлечении в качестве обвиняемого, избрании меры пресечения, справки о личности, передается в оперативно-розыскное подразделение органа дознания.

По масштабам различают виды розыска: местный, федеральный, межгосударственный, международный.

Ведомственными нормативными актами устанавливаются условия объявления органом дознания федерального розыска (как правило, по тяжким преступлениям по истечении 2—6 месяцев безрезультатного местного розыска).

Межгосударственный розыск проводится в пределах государств — участников СНГ, не подменяет международный розыск и может осуществляться параллельно с ним.

Международный розыск производится на территории государств, членов Международной организации уголовной полиции (Интерпол) через посредничество этой организации.

Объявление в международный розыск регулируется подзаконными нормативными актами¹.

¹ См. приказ МВД РФ № 786, Минюста РФ № 310, ФСБ РФ № 470, ФСО РФ № 454, ФСКН РФ № 333, ФТС РФ № 971 от 06.10.2006 г. «Об утверждении Инструкции по организации информационного обеспечения сотрудничества по линии Интерпола».

Основанием для объявления международного розыска является достоверная информация о выезде разыскиваемого или его намерении выехать за пределы России, о наличии у него связей за рубежом.

Для объявления в международный розыск необходимо выполнение следующих условий:

- разыскиваемое лицо имеет статус обвиняемого;
- обвиняемый объявлен (одновременно объявляется) в федеральный розыск;
- разыскиваемый обвиняется в совершении одного или нескольких преступлений средней тяжести, тяжких или особо тяжких, которые не носят политический, военный, религиозный или расовый характер.

Международный розыск объявляется постановлением органа, осуществляющего ОРД, на основании уголовно-процессуального решения о розыске (постановления, вынесенного в соответствии со ст. 210 УПК или указания прокурора, данного по поручению судьи в случае, предусмотренном ч. 2 ст. 238 УПК). Постановление об объявлении международного розыска выносится сотрудником розыскного подразделения, утверждается начальником или заместителем начальника этого подразделения, согласовывается с начальником соответствующего органа, осуществляющего ОРД, и заверяется печатью. Данное постановление с необходимыми документами направляются в НЦБ Интерпола.

Объявление обвиняемого в международный розыск дает основания избрать в его отношении меру пресечения в виде заключения под стражу «заочно», т. е. в отсутствие обвиняемого (ч. 5 ст. 108 УПК). Если судья откажет в избрании данной меры пресечения, то это постановление об объявлении в международный розыск аннулируется и в дальнейшем возможно лишь проведение проверки по учетам Интерпола.

Одновременно с вынесением постановления об объявлении обвиняемого, осужденного в международный розыск органом, вынесшим соответствующее постановление, в Департамент пограничного контроля ФСБ России направляется запрос о постановке разыскиваемых лиц на контроль в пунктах пропуска через Государственную границу России.

§ 3. ВОЗОБНОВЛЕНИЕ ПРИОСТАНОВЛЕННОГО ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Приостановленное предварительное расследование возобновляется при наличии оснований и выполнении ряда других условий (ст. 211 УПК).

Основаниями для возобновления приостановленного производства служат две группы обстоятельств.

1. Отпадение оснований, вызвавших приостановление расследования. Например, могут быть получены доказательства о лице, подлежащем привлечению в качестве обвиняемого (например, он явился с повинной или представлены результаты успешных оперативно-розыскных мероприятий, проведено его фактическое задержание); установлено местонахождение обвиняемого или подозреваемого; появилась реальная возможность его участия в деле (вернулся из заграничной командировки, улучшилось состояние здоровья); Конституционный Суд РФ признал подлежащий применению в данном деле закон соответствующим Конституции РФ.

2. Появление необходимости в производстве следственных действий, которые возможно осуществить без участия обвиняемого или подозреваемого: например, установлен еще не допрошенный очевидец преступления, обнаружены предметы, требующие принудительного изъятия и осмотра. После выполнения необходимых следственных действий расследование может быть вновь приостановлено в общем порядке.

Условием для возобновления расследования выступает неистечение срока давности привлечения к уголовной ответственности (ст. 78 УК РФ).

Порядок возобновления приостановленного предварительного расследования состоит из вынесения мотивированного постановления, уведомления о принятом решении прокурора и заинтересованных лиц, а также, при необходимости, установления прокурором срока дополнительного расследования.

Возобновление производства по делу может иметь место и в связи с отменой незаконного или необоснованного решения о приостановлении расследования. Руководитель следственного органа вправе отменить решение следователя, а прокурор или начальник подразделения дознания — решение дознавателя (п. 6 ч. 2 ст. 37; п. 3 ч. 1 ст. 40.1; ч. 3.1. ст. 223). Суд по результатам рассмотрения жалобы заинтересованного лица (ст. 125) вправе признать решение о приостановлении дела незаконным или необоснованным и обязать руководителя следственного органа или прокурора устранить допущенное нарушение.

Следователь, дознаватель или руководитель следственного органа выносят постановление о приостановлении расследования, пользуясь бланком, установленным приложением 132 к ст. 476 УПК. Прокурор и начальник следственного отдела возобновляют производство в связи с отменой незаконного или необоснованного постановления о приостановлении расследования. Производство возобновляется и на основании решения суда по результатам рассмотрения жалобы заинтересованного лица (ст. 125). Суд вправе признать решение о приостановлении дела незаконным или необоснованным и обязать прокурора (начальника следственного отдела) устранить допущенное нарушение.

Следователь, дознаватель, начальник следственного отдела направляют копию постановления о возобновлении расследования прокурору и уведомляют о принятом решении заинтересованных лиц (выступающих на стороне обвинения или защиты) и их представителей. Об этом делается отметка на постановлении. Такое уведомление может быть сделано лично (при производстве следственных действий с участием этих лиц в ближайшее время после возобновления дела). В остальных случаях целесообразна письменная форма уведомления.

Если срок предварительного следствия по приостановленному делу истек, то при возобновлении дела руководитель следственного органа устанавливает срок дополнительного следствия в пределах одного месяца со дня поступления дела к следователю (ч. 6 ст. 162). Дальнейшее продление срока предварительного следствия осуществляется на общих основаниях. При возобновлении приостановленного дознания его срок продляется прокурором в общем порядке, предусмотренном ч. 3—5 ст. 223.

§ 1. ПОНЯТИЕ И ФОРМЫ ОКОНЧАНИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Окончание предварительного расследования — это его заключительный этап, на котором принимается итоговое для данной стадии решение. Окончание предварительного расследования может иметь три вида, или формы.

1. Если органами предварительного расследования собраны доказательства, достаточные для вывода о виновности обвиняемого в совершении преступления, установлены все другие обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу (ст. 73 УПК), и отсутствуют основания для его прекращения, предварительное расследование заканчивается с составлением обвинительного заключения (при окончании предварительного следствия) или обвинительного акта (при окончании дознания), после чего дело направляется прокурору.

2. При наличии соответствующих оснований уголовное дело может быть прекращено следователем, дознавателем, прокурором (ст. 24—28, 212).

3. По делам в отношении невменяемых и лиц, у которых после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания, предусмотрена особая форма окончания предварительного расследования (которое может иметь при этом лишь форму предварительного следствия) — следователь выносит постановление о направлении дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера (гл. 51 УПК).

Данные итоговые решения в стадии предварительного расследования необходимо отличать от промежуточных — приостановления производства по делу (ст. 208), передачи дела по подследственности от одного органа расследования другому, а также прекращения уголовного преследования без прекращения уголовного дела (ч. 4 ст. 24, ч. 5 ст. 213), которые не означают окончания предварительного расследования.

§ 2. ПРЕКРАЩЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Основания и условия прекращения уголовного дела и уголовного преследования

Прекращение уголовного дела как форма окончания предварительного расследования — это принимаемое в данной стадии итоговое решение, которым уголовное дело разрешается *по существу*. Прекращение уголовного дела защищает личность от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод, что соответствует одной из основных целей уголовного судопроизводства (ст. 6 УПК). Следует иметь в виду, что факт прекращения дела сам по себе еще не свидетельствует, что оно было возбуждено незаконно, так как возбуждение уголовного дела может иметь место и при вероятности совершения преступления.

Наряду с прекращением дела процессуальный закон предусматривает *прекращение уголовного преследования* как отказ стороны обвинения от продолжения процессуальной деятельности по изобличению подозреваемого, обвиняемого в совершении

преступления (ст. 27, ч. 5 ст. 213). Прекращение уголовного преследования без прекращения уголовного дела возможно в двух случаях:

— во-первых, когда основания для прекращения преследования относятся не ко всем, а только к одному или нескольким подозреваемым (обвиняемым). В отношении других лиц уголовное дело и уголовное преследование могут и должны быть продолжены. Например, один из предполагаемых соучастников оказался непричастным к совершению преступления, подпал под амнистию, в его действиях отсутствует состав преступления и т.д. Преследование остальных соучастников или других еще пока не выявленных лиц продолжается в обычном порядке по тому же самому уголовному делу;

— во-вторых, уголовное преследование прекращается в части предъявленного обвинения — по отдельным эпизодам (преступлениям), если они не нашли подтверждения (ч. 2 ст. 175). Производство по делу в оставшейся части обвинения продолжается.

В случае прекращения уголовного преследования в отношении всех подозреваемых или обвиняемых по данному уголовному делу оно также целиком прекращается, за исключением случаев, когда необходимо раскрыть преступление (ч. 4 ст. 24).

Для изучения оснований прекращения дела и уголовного преследования можно использовать несколько классификаций.

Основания для прекращения дела и уголовного преследования в зависимости от наступающих в результате этого *юридических последствий* принято делить на реабилитирующие и нереабилитирующие.

Реабилитирующие основания для прекращения уголовного дела или уголовного преследования — это те, которые влекут реабилитацию, т.е. принятие мер по восстановлению лица в соответствующих правах. К данной группе оснований относятся следующие обстоятельства:

- отсутствие события преступления (п. 1 ч. 1 ст. 24)¹;
- отсутствие в деянии состава преступления (п. 2 ч. 1 ст. 24);
- непричастность подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления (п. 1 ч. 1 ст. 27);
- отсутствие заявления потерпевшего, если уголовное дело может быть возбуждено не иначе как по его заявлению (п. 5 ч. 1 ст. 24; ст. 23);
- отсутствие заключения суда о наличии в деянии признаков состава преступления либо согласия соответственно Совета Федерации, Государственной Думы, Конституционного Суда, квалификационной коллегии судей на возбуждение дела в отношении отдельных категорий лиц, обладающих ограниченным служебным иммунитетом (п. 6 ч. 1 ст. 24, п. 6 ч. 1 ст. 27);
- наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого вступившего в законную силу приговора по тому же обвинению либо определения суда или постановления судьи о прекращении уголовного дела по тому же обвинению (п. 4 ч. 1 ст. 27). Эти решения суда являются преюдициальными актами, которые исключают возможность уголовного преследования, так как повторное привлечение к уголовной ответственности за одно и то же преступление не допускается (принцип «non bis in idem» — ч. 1 ст. 50 Конституции РФ). Чтобы продолжить производство по уже разрешенному делу, необходимо в установленном порядке отменять преюдициальное решение;

¹ Содержание обстоятельств, предусмотренных ст. 24 УПК РФ, рассмотрено в § 6 гл. 12 учебника.

— наличие в отношении подозреваемого или обвиняемого неотмененного постановления органа дознания, следователя или прокурора о прекращении уголовного дела по тому же обвинению либо об отказе в возбуждении уголовного дела (п. 5 ч. 1 ст. 27). Эти решения, будучи *преклюзивными* актами, препятствуют продолжению предварительного расследования.

Нереабилитирующие основания для прекращения уголовного дела или уголовного преследования — это те, которые не влекут реабилитации лица (восстановление в правах). Эти основания предполагают доказанность совершения обвиняемым (подозреваемым) деяния, которое содержит признаки состава преступления. При этом важно отметить, что вопрос о виновности обвиняемого (подозреваемого) как основания уголовной ответственности остается открытым, ибо признать лицо виновным в совершении преступления может только суд¹. В этом смысле прекращение дела по нереабилитирующим основаниям означает отказ государства от уголовного преследования. Тем не менее обвиняемый (подозреваемый) ставится решением о прекращении уголовного дела (преследования) по нереабилитирующим основаниям в относительно неблагоприятное положение, так как, во-первых, у него не возникает права на возмещение вреда, причиненного уголовным преследованием, и, во-вторых, к нему самому может быть предъявлен гражданский иск о возмещении вреда, причиненного совершенным им уголовно противоправным деянием. В связи с этим прекращение дела по данным основаниям требует соблюдения ряда *дополнительных условий*: согласия самого обвиняемого (подозреваемого) на прекращение дела (уголовного преследования), а в некоторых случаях — и согласия руководителя следственного органа — для решения следователя или прокурора — для решения дознавателя (ст. 25, 25, 28, 427).

Нереабилитирующими основаниями прекращения уголовного дела и преследования являются следующие:

— *издание акта об амнистии* (п. 3 ч. 1 ст. 27 УПК). Акт амнистии влечет прекращение преследования, когда он освобождает от уголовной ответственности (ч. 2 ст. 84 УК РФ). В отличие от него акт помилования распространяется лишь на осужденных и освобождает от наказания (ст. 85 УК РФ);

— *истечение сроков давности* привлечения к уголовной ответственности (п. 3 ч. 1 ст. 24 УПК);

— *недостижение лицом возраста, с которого наступает уголовная ответственность*, или в отношении несовершеннолетнего, который хотя и достиг возраста, с которого наступает уголовная ответственность, но вследствие отставания в психическом развитии, не связанного с психическим расстройством, не мог в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) и руководить ими в момент совершения деяния, предусмотренного уголовным законом (ч. 3 ст. 27 УПК);

— *вступление в силу закона, устраняющего преступность или наказуемость деяния* (ч. 2 ст. 24 УПК). Для того чтобы можно было принять решение именно о прекращении уголовного дела, этот закон должен быть введен в действие до передачи дела в суд, а там — до вступления приговора в законную силу, иначе применяется

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 28.10.96 № 18-П «По делу о проверке конституционности статьи 6 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина О.В. Сушкова» // Российская газета. 16.11.96 г.

другой порядок — освобождение осужденного от наказания судом в рамках стадии исполнения приговора (п. 13 ст. 397 УПК);

— *необходимость применения принудительной меры воспитательного воздействия* в отношении несовершеннолетнего (ст. 427 УПК);

— *отсутствие опасности невеняемого лица, совершившего общественно опасное деяние* (п. 1 ч. 1 ст. 439 УПК);

— *примирение сторон* (ст. 25 УПК), которое означает примирение обвиняемого (подозреваемого) с потерпевшим и заглаживание причиненного вреда. Заглаживание вреда, причиненного в результате преступления, означает, что лицо устранило уже наступившие вредные последствия (например, возместило потерпевшему причиненные убытки, компенсировало моральный вред, передало потерпевшему определенные вещи и ценности взамен утраченных, обеспечило ремонт автомобиля, пострадавшего в результате преступления, принесло извинения в форме, устраивающей потерпевшего) либо предотвратило вредные последствия или увеличение их размера, которые могут наступить в будущем (например, оказало необходимую первую или медицинскую помощь пострадавшему от преступления, доставило его к врачу). Специальными условиями использования данного основания является обвинение или подозрение в совершении преступления небольшой или средней тяжести, наличие заявления со стороны всех потерпевших по данному делу и согласия руководителя следственного органа или прокурора;

— *деятельное раскаяние* (ст. 28 УПК) может повлечь прекращение уголовного преследования в связи с поведением обвиняемого (подозреваемого), которое свидетельствует о его исправлении, об утрате им опасности для общества. Деятельное раскаяние подтверждается явкой лица с повинной, оказанием им реальной помощи в раскрытии преступления, возмещением причиненного вреда (ст. 75 УК РФ). Это основание применяется по преступлениям небольшой или средней тяжести с согласия обвиняемого (подозреваемого), руководителя следственного органа или прокурора. В случаях, специально предусмотренных соответствующими примечаниями к некоторым статьям Особенной части УК РФ, допускается прекращение преследования по тяжким и особо тяжким преступлениям и при наличии лишь отдельных элементов деятельного раскаяния (например, в случаях своевременного предотвращения лицом акта терроризма — ст. 205 УК РФ; добровольного освобождения заложников — ст. 206 УК РФ; добровольного сообщения лицом о даче им взятки должностному лицу — ст. 291 УК РФ и др.).

Деление оснований по юридическим последствиям на реабилитирующие и не реабилитирующие еще недостаточно для того, чтобы показать все существенные особенности их содержания. Поэтому обратимся к их классификации, которая отвлекается от различий прекращения дела и прекращения преследования, принимая за основание деления не последствия прекращения уголовного дела, а иной критерий — действие так называемых правил «законности» либо «целесообразности» в осуществлении уголовного преследования¹. Прежде всего, в рамках этой классификации следует выделить две большие группы оснований: 1) обстоятельства, исключающие производство по делу, и 2) обстоятельства, освобождающие от уголовного преследования. Рассмотрим их более подробно.

¹ См.: Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. С. 55—59.

1. *Обстоятельства, исключающие производство по делу*, связаны с отсутствием предпосылок для уголовного преследования. При наличии этих обстоятельств уголовное дело не может быть возбуждено, а возбужденное подлежит прекращению. Эти обстоятельства подчинены правилу «законности уголовного преследования», когда его продолжение или прекращение не зависит от усмотрения правоприменителя, а также позиций, занимаемых сторонами. Следователь, дознаватель или прокурор безусловно *обязаны* отказать в возбуждении или прекратить дело при установлении одного из обстоятельств этой группы. Для производства по делу могут отсутствовать как фактические, так и юридические предпосылки.

Фактические предпосылки отпадают, когда отсутствует или не доказано событие преступления (п. 1 ч. 1 ст. 24 УПК), подозреваемый или обвиняемый непричастен к совершению преступления (п. 1 ч. 1 ст. 27 УПК).

Юридические предпосылки, в свою очередь, распадаются на материально-правовые и процессуальные.

Материально-правовые (уголовно-правовые) предпосылки для уголовного преследования отсутствуют, прежде всего, когда в деянии лица нет состава преступления, в том числе имеются обстоятельства, исключающие преступность деяния (необходимая оборона, причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, крайняя необходимость, физическое или психическое принуждение, обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения — гл. 8 УК РФ). Кроме того, к этой группе принято относить еще два основания: истечение срока давности (за исключением случаев, когда вопрос о применении срока давности решается судом по преступлениям, наказуемым смертной казнью или пожизненным лишением свободы, — ч. 4 ст. 78 УК РФ) и издание акта амнистии. Истечение срока давности и наличие акта амнистии, распространяющегося на обвиняемого или подозреваемого, предполагают наличие состава преступления, однако они исключают производство по делу вне зависимости от собственного усмотрения дознавателя, следователя или прокурора.

Отсутствие *уголовно-процессуальных предпосылок* для осуществления уголовного преследования может быть связано: а) с предустановленной (преюдициальной или преклюзивной) силой ранее состоявшихся правоприменительных решений или б) отсутствием у обвинителя надлежащей компетенции для осуществления уголовного преследования. Так, если вопрос по данному обвинению или подозрению уже был разрешен судом или органом предварительного расследования, то без отмены их решений, имеющих в данном случае предустановленную силу, повторное уголовное преследование не допускается (п. 4—5 ч. 1 ст. 27 УПК). Отсутствие у обвинителя надлежащей компетенции для осуществления уголовного преследования может быть выражено в несоблюдении формальной процедуры возбуждения обвинения (или привлечения лица в качестве обвиняемого), которая установлена для частного и частно-публичного уголовного преследования и для преследования отдельных категорий лиц, обладающих служебным иммунитетом. Производство по делу исключается: при отсутствии заявления потерпевшего, когда дело возбуждается исключительно по его заявлению (п. 5 ч. 1 ст. 24 УПК); в случае примирения сторон по делам частного обвинения (ч. 2 ст. 20); при отсутствии согласия надлежащих органов на преодоление служебного иммунитета лица (п. 6 ч. 1 ст. 24, п. 6 ч. 1 ст. 27 УПК).

2. *Обстоятельства, освобождающие от уголовной ответственности*, закреплены не только в УПК, но и в УК РФ и по этому признаку также относятся к материаль-

но-правовым. Их суть состоит в том, что они освобождают конкретных обвиняемых (иногда и подозреваемых) от уголовного преследования, являясь ему альтернативой¹. Освобождение от уголовного преследования основано на правиле *общественной целесообразности обвинения*. Орган уголовного преследования вправе прекратить уголовное дело в связи с примирением обвиняемого с потерпевшим по делу публичного обвинения (ст. 76 УК РФ, ст. 25 УПК); с деятельным раскаянием обвиняемого (ст. 75 УК РФ, ст. 28 УПК); с применением принудительных мер воспитательного воздействия к несовершеннолетнему обвиняемому (ст. 90 УК РФ, ст. 427, 431 УПК). К этой же группе следует также отнести применение судом срока уголовной давности к подсудимому, которому грозит наказание в виде смертной казни или пожизненного лишения свободы (ч. 4 ст. 78 УК РФ, п. 3 ч. 1 ст. 24 УПК).

В указанных случаях закон позволяет признать *нецелесообразным* привлечение лица к уголовной ответственности. Пределы целесообразности (условия освобождения от преследования) в российском процессе установлены законом (небольшая или средняя тяжесть преступления). В целях ограничения усмотрения дознавателя и следователя для применения данных оснований требуется получить согласие руководителя следственного органа или прокурора.

2. Процессуальный порядок прекращения уголовного дела и уголовного преследования

В стадии предварительного расследования правом прекращения уголовного дела и уголовного преследования наделены прокурор, следователь, дознаватель.

Процессуальный порядок прекращения уголовного дела и уголовного преследования включает в себя совокупность следующих действий следователя или дознавателя: а) выбор основания для прекращения дела, б) вынесение постановления, в) обеспечение прав сторон по ознакомлению и обжалованию данного решения и принятие в необходимых случаях мер по реабилитации обвиняемого или подозреваемого.

Нереабилитирующие основания для прекращения уголовного дела должны быть установлены достоверно. Реабилитирующие основания могут быть основаны на недоказанной виновности при исчерпании всех возможностей для собирания дополнительных доказательств. Так, непричастность лица к совершению преступления — это не только установленная непричастность лица к совершению преступления, но и неустановленная причастность (п. 20 ст. 5 УПК).

Прекращение дела по большинству нереабилитирующих оснований допускается, как правило, с согласия обвиняемого (подозреваемого), которое целесообразно получить еще до вынесения постановления. В некоторых случаях требуется согласие законного представителя несовершеннолетнего обвиняемого (ч. 6 ст. 427). Согласие потерпевшего или его законного представителя на прекращение дела в виде их письменного заявления требуется при примирении с обвиняемым (ст. 25).

Вынесение мотивированного постановления о прекращении уголовного дела или уголовного преследования предполагает отражение в нем результатов предварительного расследования: описание имеющих юридическое значение установленных обстоятельств дела; анализ собранных доказательств (со ссылками на листы дела и оцен-

¹ См.: Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. С. 256—288.

кой доказательств); приведение данных о лицах, в отношении которых осуществлялось преследование; ссылки на документы, обосновывающие наличие подозрения, или постановление о привлечении в качестве обвиняемого с указанием точной юридической формулировки обвинения; применявшиеся меры пресечения и иные меры процессуального принуждения; основание для прекращения дела и устанавливающие его доказательства, наличие согласия заинтересованных лиц.

В резолютивной части постановления указываются основание для прекращения дела или преследования, решения об отмене мер процессуального принуждения, о судьбе вещественных доказательств и содержится запись с разъяснением порядка обжалования данного постановления. Если прекращается уголовное преследование без прекращения всего дела, то меры принуждения отменяются лишь в отношении данного лица.

Постановление о прекращении уголовного дела по обстоятельствам, освобождающим от уголовной ответственности (ст. 25, 26, 28, 427), вступает в силу после получения согласия руководителя следственного органа или прокурора.

В любом случае копия постановления о прекращении дела направляется прокурору.

Однако с вынесением постановления о прекращении дела процессуальная деятельность еще не заканчивается. Необходимо обеспечить права сторон по ознакомлению и обжалованию принятого решения и право на реабилитацию.

Решение о прекращении дела способно ущемить конституционные права граждан: право потерпевшего на доступ к правосудию и право обвиняемого на реабилитацию. Поэтому каждому заинтересованному лицу гарантируется возможность обжалования данного решения как прокурору, так и в суд (ст. 124—125). В целях обеспечения этих прав после вынесения постановления о прекращении дела или преследования следователь (дознатель) выполняет следующие действия:

- направляет или вручает копии постановления сторонам: потерпевшему, гражданскому истцу, подозреваемому, обвиняемому, гражданскому ответчику;
- предъявляет при их ходатайстве материалы дела для ознакомления;
- разъясняет потерпевшему и гражданскому истцу право подачи иска в порядке гражданского судопроизводства, кроме случаев прекращения дела в связи с отсутствием события преступления;
- разъясняет подозреваемому и обвиняемому право возражать против прекращения дела по нереабилитирующим основаниям;
- разъясняет порядок обжалования данного решения;
- принимает меры по реабилитации подозреваемого или обвиняемого при прекращении дела по реабилитирующим основаниям. Содержание этих мер состоит в признании права на реабилитацию и направлении реабилитированному извещения с разъяснением порядка возмещения вреда (ст. 134). Решение о признании права на реабилитацию должно быть отражено в постановлении о прекращении дела (или в отдельном постановлении).

3. Возобновление производства по прекращенному делу

Отменить постановление о прекращении дела или уголовного преследования, вынесенное в стадии предварительного расследования, и возобновить производство по делу может руководитель следственного органа — постановление следователя, прокурор — постановление дознавателя или органа дознания. Поводами для отмены постановления о прекращении дела или преследования могут быть:

- жалобы участников процесса, принесенные прокурору, руководителю следственного органа в порядке ст. 123 УПК;
- обращение следователя или дознавателя (ч. 4 ст. 124);
- решение суда по жалобе заинтересованных лиц, вынесенное в порядке ст. 125;
- собственная инициатива руководителя следственного органа или прокурора.

Основанием для отмены постановления о прекращении дела или преследования является его незаконность или необоснованность. В частности, основанием для отмены могут быть: возражения обвиняемого или подозреваемого против прекращения уголовного дела (преследования) по нереабилитирующим основаниям, когда он не был уведомлен о таком прекращении; недостаточная доказанность нереабилитирующих оснований; наличие возможности для собирания дополнительных доказательств виновности при прекращении дела по реабилитирующему основанию; вновь открывшиеся обстоятельства.

Отмена постановления о прекращении дела или преследования по мотивам ухудшения положения подозреваемого или обвиняемого допускается только в течение сроков давности привлечения к уголовной ответственности (ч. 3 ст. 214).

Решение суда о незаконности или необоснованности постановления о прекращении дела выносится только по жалобе заинтересованных лиц (ст. 125) и обязывает руководителя следственного органа или прокурора устранить допущенное нарушение. Руководитель следственного органа или прокурор должен рассмотреть решение суда и вправе выбрать способ устранения нарушения: либо отменить постановление о прекращении дела, либо его изменить (например, в части основания для прекращения дела).

О возобновлении прекращенного уголовного дела сообщается сторонам (обвиняемому, подозреваемому, защитнику, потерпевшему, гражданскому ответчику, их представителям). Представляется, что такое уведомление должно быть сделано письменно.

При возобновлении прекращенного уголовного дела руководитель следственного органа или устанавливает срок дополнительного следствия в пределах одного месяца со дня поступления дела следователю. Дальнейшее продление срока предварительного следствия производится на общих основаниях (ч. 6 ст. 162). При возобновлении уголовного дела, прекращенного дознавателем, прокурор при необходимости продляет срок дознания в общем порядке (ст. 223) или направляет дело для производства предварительного следствия, если максимальный срок дознания был исчерпан.

Руководитель следственного органа при возобновлении дела дает письменные указания следователю (прокурор — дознавателю) об устранении выявленных недостатков ранее проведенного расследования. Прокурор вправе потребовать от следователя устранения нарушений закона, допущенных в ходе предварительного следствия (п. 3 ч. 2 ст. 37).

§ 3. НАПРАВЛЕНИЕ УГОЛОВНОГО ДЕЛА С ОБВИНИТЕЛЬНЫМ ЗАКЛЮЧЕНИЕМ ПРОКУРОРУ

1. Основания и порядок окончания предварительного следствия с обвинительным заключением

Окончание предварительного следствия с обвинительным заключением — это заключительный этап стадии предварительного расследования, на котором формулируется окончательное обвинение, подлежащее рассмотрению в суде. Данная

форма окончания расследования отличается от других форм принятием решения о направлении дела в суд для привлечения обвиняемого к уголовной ответственности. Предварительное следствие завершается вынесением обвинительного заключения, а дознание — обвинительного акта.

При окончании предварительного расследования в данной форме решаются следующие задачи:

- проверка качества проведенной досудебной подготовки материалов для формирования окончательного обвинения или отказа от него;
- обеспечение права сторон на ознакомление с материалами дела и заявление связанных с этим ходатайств;
- в необходимых случаях — дополнение материалов уголовного дела по ходатайствам сторон.

Основанием для окончания предварительного следствия с составлением обвинительного заключения уголовно-процессуальный закон называет производство всех следственных действий и достаточность доказательств (ч. 1 ст. 215 УПК). Однако эти основания требуют расширительного толкования. Для передачи дела в суд требуется его всесторонняя предварительная подготовка, поэтому основание окончания следствия с составлением обвинительного заключения возникает при одновременном соблюдении следующих требований.

1. Наличие достаточных доказательств для рассмотрения дела в суде.

Доказательств достаточно для направления дела в суд при соблюдении следующих условий:

- обстоятельства дела, лежащие в основе обвинения, достоверно (по мнению следователя) установлены доказательствами;
- наряду с виновностью обвиняемого в совершении преступления установлены все иные обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу (ст. 73 УПК): обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого, характер и размер вреда, причиненного преступлением, смягчающие и отягчающие наказание обстоятельства, обстоятельства, способствовавшие совершению преступления;
- удовлетворены обоснованные ходатайства стороны защиты о собирании оправдательных доказательств. В любом случае — в обвинительном заключении должен быть указан перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты, а также список подлежащих вызову в судебное заседание лиц со стороны не только обвинения, но и защиты (п. 6 ч. 1, ч. 4 ст. 220).

2. Обвиняемый не скрылся от следствия и суда. В противном случае предварительное следствие должно быть продолжено для преодоления этого препятствия или приостановлено.

3. Обеспечены процессуальные права сторон. Так, должно быть обеспечено участие в деле защитника обвиняемого, когда оно является обязательным (ст. 51). При наличии существенных процессуальных нарушений основных процедур (прежде всего предъявления обвинения, ознакомления соответствующих участников процесса с материалами уголовного дела и т.д.) предварительное следствие не может быть закончено. Оно должно быть продолжено для восстановления нарушенных прав, а при невозможности — прекращено. Например, нарушение процедуры привлечения лица в качестве обвиняемого препятствует направлению дела в суд даже при достаточных доказательствах (отсутствует постановление о привлечении в качестве обвиняемого;

обвинение не предъявлено или предъявлено без защитника, когда его участие было обязательным; обвиняемый не допрошен; не участвовал в деле переводчик, а обвиняемый не владеет языком, на котором ведется судопроизводство).

Процессуальный порядок окончания предварительного следствия составлением обвинительного заключения включает в себя следующие этапы:

- 1) систематизация материалов уголовного дела (приведение их в «подшитый и пронумерованный» вид — ч. 1 ст. 217);
- 2) уведомление сторон об окончании предварительного следствия и разъяснение им права на ознакомление с материалами дела (ч. 1, 2 ст. 215);
- 3) ознакомление с материалами дела потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей при наличии соответствующего ходатайства (ст. 216);
- 4) ознакомление обвиняемого и его защитника, законного представителя с материалами уголовного дела (ст. 217);
- 5) составление обвинительного заключения (ст. 220) и направление дела прокурору (ч. 6 ст. 220);
- 6) действия и решения прокурора по делу, поступившему с обвинительным заключением (ст. 221, 222).

2. Ознакомление сторон с материалами оконченного предварительного следствия

Признав предварительное следствие законченным, следователь заблаговременно уведомляет стороны об окончании следственных действий и разъясняет им право на ознакомление со всеми материалами дела. Об этом составляется протокол уведомления (приложение 148 к ст. 476 УПК). Уведомление об окончании следствия влечет для следователя запрет на производство дальнейших следственных действий (кроме случаев удовлетворения ходатайств сторон о дополнении материалов дела).

Сначала знакомятся с материалами дела *потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители*, если они заявили об этом ходатайство.

Конституционный Суд РФ подчеркивает, что обеспечение участникам уголовного судопроизводства, в том числе потерпевшим, возможности представить суду доказательства в обоснование своей позиции, а также высказать свое мнение по поводу материалов, представленных другими участниками процесса, является неременной составляющей конституционных прав граждан на судебную защиту и на доступ к правосудию. Лишение кого-либо из участников процесса такого рода возможностей противоречит ст. 46 и 52 Конституции РФ¹. Неознакомление сторон с материалами дела является существенным нарушением процессуального закона (ст. 381 УПК).

Следователь откладывает ознакомление с делом потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика на срок до 5 суток при неявке их представителей по уважительной причине (ч. 3 ст. 215). При невозможности явки представителей в течение

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 15.12.2000 г. по запросу Останкинского межмуниципального (районного) суда г. Москвы о проверке конституционности ч. 2 ст. 53 и п. 1 ч. 2 ст. 120 УПК РСФСР // Вестник Конституционного Суда РФ. 2001. № 2.

ние срока, превышающего 5 суток, специального времени для ознакомления с делом им не отводится. Однако они не теряют права ознакомиться с материалами дела при наличии такой возможности и права сделать копии за свой счет. Следовательно не запрещено отложить ознакомление с делом и при неявке по уважительной причине самих потерпевших, истцов и ответчиков.

Если в уголовном деле участвует один потерпевший, то он знакомится со всеми материалами дела. Если в уголовном деле участвует несколько потерпевших, каждый из них вправе знакомиться с теми материалами уголовного дела, которые касаются вреда, причиненного данному потерпевшему (п. 12 ч. 2 ст. 42). Эта норма позволяет упростить процедуру окончания следствия при наличии в деле большого числа потерпевших. Например, по делам о «мошеннических пирамидах» число потерпевших доходило до десятков сотен. Если бы каждый из них полностью изучал уголовное дело, то следствие длилось бы слишком долго. Гражданский истец, гражданский ответчик и их представители знакомятся с материалами дела, относящимися к гражданскому иску.

Ознакомление потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика с материалами дела производится в таком же порядке, который предусмотрен для обвиняемого.

Следующий этап окончания предварительного следствия — ознакомление *обвиняемого и его защитника* с материалами дела, которое проводится вне зависимости от заявления ими об этом просьбы (ст. 217), так как функция защиты в публично-состязательном процессе имеет выраженный общественный интерес.

Перед ознакомлением с делом обвиняемому дополнительно разъясняется его право на помощь защитника (если до этого защитник в деле не участвовал) и фиксируется его желание иметь защитника или отказ от защитника (ст. 52).

Следователь обязан отложить на срок до 5 суток ознакомление с делом при неявке защитника по уважительной причине (несвоевременное получение извещения, болезнь, стихийное бедствие, участие в другом судебном процессе и др.). Защитник обязан незамедлительно сообщить следователю об обстоятельствах, препятствующих его явке. При отсутствии такого сообщения и наличии сведений о своевременном вызове избранного защитника следователь предлагает обвиняемому пригласить другого защитника или принимает меры по назначению защитника. Если обвиняемый отказывается от назначенного защитника, то закон допускает предъявление ему материалов дела для ознакомления без участия защитника (ч. 4 ст. 215). Однако при применении данной нормы следует учитывать следующие моменты.

При обоснованном отказе от назначенного защитника — по основаниям, предусмотренным ст. 72 УПК, или иным, например, когда адвокат в нарушение своих обязанностей (ч. 4 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Российской Федерации») занимает позицию вопреки воле доверителя, — следователь обязан принять меры по обеспечению участия в деле другого защитника.

Ознакомление с делом без защитника не допускается, когда его участие является обязательным в соответствии с п. 2—7 ч. 1 ст. 51 УПК.

Не явившийся, но участвующий в деле защитник сохраняет свои права, в том числе право на ознакомление с делом при наличии такой возможности.

Необходимо иметь в виду, что незаконное или необоснованное лишение права обвиняемого на помощь избранного им защитника является существенным наруше-

нием уголовно-процессуального закона (п. 4 ч. 2 ст. 381). Ограничение права на защитника является отступлением от публично-правовой обязанности обеспечения прав обвиняемого в процессе и может применяться лишь в исключительных случаях или при наличии нескольких защитников.

По общему правилу ознакомление обвиняемого и защитника с материалами дела происходит совместно, так как защитник при этом оказывает обвиняемому юридическую помощь. Их раздельное ознакомление с делом допускается по ходатайству либо обвиняемого, либо защитника (при отсутствии возражений со стороны обвиняемого). При раздельном ознакомлении об этом составляются разные протоколы в соответствии со ст. 218.

Момент и очередность ознакомления обвиняемых и их защитников определяется следователем по своему усмотрению, однако если обвиняемый содержится под стражей, то ознакомление должно быть начато не позднее 30 суток до истечения соответственно 12- или 18-месячного (предельных) сроков содержания под стражей (ч. 2—3, 5 ст. 109). На практике допускается параллельное ознакомление с различными томами уголовного дела нескольких обвиняемых и их защитников. Следователь определяет порядок предъявления материалов дела (какие тома, когда и кому из обвиняемых читать, для чего может быть составлен график ознакомления), однако инициатива изучения и копирования конкретных сведений принадлежит самому обвиняемому и его защитнику. Они вправе повторно (но до окончания ознакомления в целом) обращаться к любому из томов дела.

Материалы дела предъявляются для ознакомления в полном объеме. Исключения из этого правила допускаются в отношении: а) некоторых вещественных доказательств (например, громоздких)¹; б) сведений о личности свидетелей и потерпевших, в отношении которых приняты меры безопасности в соответствии с ч. 9 ст. 166. Засекреченные сведения содержатся в постановлении, запечатанном в отдельном конверте при уголовном деле; в) части материалов дела, которые могут оказать отрицательное воздействие на несовершеннолетнего обвиняемого (ч. 3 ст. 426).

Копирование материалов дела осуществляется за счет обвиняемого и его защитника (следователь лишь предоставляет эти материалы). Копии и выписки сведений, содержащих охраняемую федеральным законом тайну, хранятся при уголовном деле и предоставляются обвиняемому и защитнику только при судебном разбирательстве.

Процессуальный закон включает время ознакомления с материалами окончательного следствия в его срок (ст. 162) и в срок содержания обвиняемого под стражей (ст. 109). Ограничение продолжительности ознакомления с материалами дела не допускается, кроме случаев, когда *содержащийся* под стражей обвиняемый и его защитник явно затягивают время ознакомления. Тогда на основании судебного решения устанавливается определенный срок для ознакомления с материалами уголовного дела (ч. 7 ст. 109, ч. 3 ст. 217).

Если обвиняемый, *не содержащийся* под стражей, не является для ознакомления с делом без уважительных причин или иным образом уклоняется от ознакомления, то следователь через 5 суток ожидания вправе не знакомить обвиняемого с делом (ч. 5 ст. 215) *при условии отсутствия оснований для приостановления дела*. Отказ обви-

¹ В случае невозможности предъявления вещественных доказательств следователь выносит об этом постановление.

няемого от ознакомления с материалами дела не освобождает следователя от обязанности ознакомить с ними защитника.

По результатам ознакомления с делом следователь выясняет, какие ходатайства и заявления имеются у обвиняемого и защитника. Следователь при разрешении ходатайств руководствуется общими правилами рассмотрения ходатайств (ст. 121—122, 159). Так, обвиняемый вправе просить об изменении меры пресечения, о прекращении дела или уголовного преследования, об изменении юридической формулировки обвинения, о разрешении свидания с родственниками и др.

Представляется, что по смыслу ч. 4 ст. 217 следователь обязан дополнительно к правам, ранее разъясненным обвиняемому, разъяснить ему право заявить следующие ходатайства.

1. *О дополнении материалов следствия* (ст. 219). Рассмотрение и удовлетворение такого ходатайства одного участника процесса не приостанавливает ознакомление с делом других участников. Таким образом, во время ознакомления сторон с материалами оконченного следствия разрешено производить дополнительные следственные действия по их соответствующей просьбе. При этом следует учесть, что лица, заявившие ходатайство о производстве следственных действий, вправе сами в них участвовать. Проведение дополнительных следственных действий и дополнение следствия не влечет обязательного повторения всего процесса ознакомления с делом всех заинтересованных лиц. Сторонам должна быть предоставлена возможность ознакомления с дополнительными материалами и повторного обращения к изученным томам и листам дела.

Право ходатайствовать о дополнении материалов следствия разъясняется и потерпевшему, и гражданскому истцу, и гражданскому ответчику, и их представителям.

2. *О формировании перечня доказательств, на которые ссылается сторона защиты, и списка свидетелей, специалистов и экспертов, подлежащих вызову в судебное заседание и допросу для подтверждения позиции стороны защиты* (п. 6 ч. 1, ч. 4 ст. 220). Следователь не вправе отказать защите во внесении в список — приложение к обвинительному заключению — ее свидетелей, экспертов или специалистов. Обвиняемому гарантируется право на вызов и допрос его свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него (п. 3 (е) ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах; п. 3 (d) ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

3. *О рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей*, если дело ему подсудно по предметному признаку (ч. 3 ст. 31, п. 1 ч. 5 ст. 217 УПК). Право на рассмотрение дела судом с участием присяжных гарантируется Конституцией РФ (ч. 2 ст. 20, ч. 2 ст. 47). Следователь разъясняет обвиняемому особенности рассмотрения дела этим судом. В отношении тех обвиняемых, которые отказались от рассмотрения дела судом присяжных, следователь выделяет дело в отдельное производство. При невозможности выделения уголовное дело в целом рассматривается судом с участием присяжных заседателей.

4. *О рассмотрении уголовного дела коллегией из трех судей* — в случаях, предусмотренных п. 3 ч. 2 ст. 30, и других случаях подсудности по выбору обвиняемого (например, в соответствии со ст. 452).

5. *О согласии с предъявленным обвинением с тем, чтобы его дело было рассмотрено в особом порядке*, предусмотренном гл. 40 УПК (см. об этом § 3 гл. 24 учебника). Заявление данного ходатайства влечет обязательное участие в деле защитника (ст. 51),

поэтому если обвиняемый ранее не пользовался помощью защитника, то его участие должно быть обеспечено. При этом ходатайство обвиняемого должно быть подтверждено в присутствии защитника и после консультаций с ним (п. 2 ч. 2 ст. 314, ч. 1 ст. 315).

6. *О проведении предварительных слушаний.* Основания для их проведения разъясняются обвиняемому (см. ст. 229).

По окончании ознакомления каждого участника с материалами уголовного дела следователь составляет протокол (ст. 218). В протоколе указываются сведения: о дате и времени начала и окончания ознакомления с материалами уголовного дела; перерывах в ознакомлении; предъявленных материалах дела (номера томов, листы); вещественных доказательствах; приложениях к протоколам следственных действий; ходатайствах и заявлениях; хранящихся при деле и сделанных участниками процесса копиях документов, которые содержат охраняемую федеральным законом тайну; позиции обвиняемого по поводу дальнейшего движения дела. В протоколе целесообразно отразить факт применения технических средств копирования определенных материалов дела. Последовательность ознакомления с делом обычно отражается в специальном графике, прилагаемом к протоколу.

Если после ознакомления с делом были проведены дополнительные следственные действия, то сторонам предъявляются их результаты (дополнительные материалы). Об ознакомлении с дополнительными материалами вновь составляется протокол.

3. Обвинительное заключение

Обвинительное заключение — это процессуальный документ, оформляющий итоговое для предварительного следствия решение, в котором описаны его ход, результаты и сформулировано *окончательное обвинение*, подлежащее рассмотрению в суде. Обвинительное заключение, в отличие от постановления о прекращении дела, не разрешает дело по существу, а служит поводом для судебного разбирательства.

Обвинительное заключение имеет справочно-техническое и юридическое значение. Его *справочно-техническое* значение состоит в систематизации и анализе материалов уголовного дела (в обвинительном заключении приводятся данные о личности обвиняемых, дается перечень доказательств со ссылками на листы и тома дела, в приложениях указывается иная справочная информация). Этим облегчается изучение дела и организация судебного производства.

Юридическое значение обвинительного заключения трудно переоценить. Окончательное обвинение определяет пределы дальнейшего производства по делу, которое будет вестись лишь в отношении указанных в нем обвиняемых и лишь по вменяемым им в вину преступлениям. Оно также служит для осуществления функции защиты по уголовному делу. Поэтому вручение копии обвинительного заключения прокурором обеспечивает право обвиняемого на защиту (ч. 2 ст. 222 УПК).

Обвинительное заключение приобретает юридическую силу после утверждения его прокурором. Подписание обвинительного заключения следователем обязывает его немедленно направить дело прокурору. Нарушения при составлении обвинительного заключения являются основанием для возвращения судьей уголовного дела прокурору (п. 1 ч. 1 ст. 237).

Процессуальный закон устанавливает форму обвинительного заключения (ст. 220 и приложение 158 к ст. 476 УПК). Она определяет структуру данного документа и его содержание.

В обвинительном заключении со ссылками на листы и тома дела указываются следующие сведения.

1. Данные о личности каждого из обвиняемых.

2. Существо обвинения, место и время совершения преступления, его мотивы и цели. Все вместе это составляет объем обвинения (фабулу дела), т.е. подробное описание конкретных обстоятельств вменяемых в вину преступлений каждому из обвиняемых. Могут быть использованы следующие выработанные практикой способы составления обвинительного заключения: а) систематический — описание процесса совершения преступного деяния (деяний) в целом — в той последовательности, как они были фактически совершены; б) поэпизодный — описание каждого преступления в отдельности (например, при их идеальной совокупности); в) хронологический — описание обстоятельств дела в том порядке, как они были установлены.

Содержание обвинительного заключения должно быть более подробным, чем первоначальное обвинение. В обвинительном заключении необходимо описать результаты расследования в целом, т.е. изложить все установленные обстоятельства в соответствии со ст. 73. В нем также приводятся: сведения о прекращении преследования в отношении отдельных обвиняемых, о выделении другого уголовного дела и выделении материалов и др.

3. Формулировка предъявленного обвинения в отношении каждого из обвиняемых, с определением точной квалификации преступления с указанием пункта, части, статьи УК РФ. Эта формулировка должна совпадать с последним предъявленным ранее обвинением.

4. Перечень доказательств, подтверждающих обвинение. Под перечнем доказательств судебная практика расширительно понимает указание не на их источники (названия доказательств), а на их краткое содержание — сведения о фактах. Поэтому следователь обязан раскрыть содержание доказательств в обвинительном заключении и, по сути, дать анализ каждого из них¹. Бланк обвинительного заключения (приложение 158 к ст. 476 УПК) требует привести перечень доказательств отдельно в отношении каждого обвиняемого. Однако по многоэпизодному делу необходимо указывать доказательства и по каждому эпизоду — преступлению (особенно при реальной их совокупности).

5. Перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты. Он должен включать именно *доказательства*, т.е. собранные в процессуальном порядке данные (ст. 86). При этом необходимо учитывать, что следователь, дознаватель не вправе отказать стороне защиты в удовлетворении ходатайств о проведении следственных действий, а также, как нам представляется, и в приобщении к делу в качестве доказательств предметов и документов, если обстоятельства, которые могут быть ими установлены, имеют значение для дела (ч. 2 ст. 159)². Впрочем, отказ в удовлетворении такого рода ходатайств не лишает сторону защиты права ходатайствовать перед судом о получении и исследовании этих доказательств в судебном разбирательстве.

Необходимо принять во внимание, что одно и то же доказательство может быть как обвинительным (в одной части), так и оправдательным (в другой части). Напри-

¹ См. п. 13 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 25.03.2004 г.

² Следует обратить внимание на то, что согласно новации, изложенной в ч. 3 ст. 86 УПК РФ, защитник вправе собирать именно *доказательства*, т.е. по буквальному смыслу закона полученные или истребованные им предметы и документы, результаты опроса лиц (например, их письменные

мер, протокол явки с повинной подтверждает обвинение в убийстве, но доказывает факт деятельного раскаяния как смягчающего обстоятельства. Поэтому стороны вправе сослаться на одни и те же источники доказательств.

6. Обстоятельства, отягчающие и смягчающие наказание в отношении каждого обвиняемого (ст. 61 и 63 УК РФ).

7. Данные обо всех установленных потерпевших. Отдельно указывается размер причиненного им вреда, подлежащего возмещению по гражданскому иску. Кроме того, следует по возможности указать факт причинения и характер морального вреда. В обвинительном заключении требуется указать о том, заявлен ли гражданский иск и вынесено ли постановление о признании гражданским истцом, привести сведения о гражданских ответчиках.

Обвинительное заключение дополняется приложениями. Они состоят из списка лиц, подлежащих вызову в суд со стороны обвинения и со стороны защиты, и справки о движении дела. Список свидетелей (специалистов, экспертов) со стороны защиты формируется на основе их ходатайств, заявленных при ознакомлении с материалами окончанного следствия (ч. 4 ст. 217 УПК). Справка о движении дела включает в себя сведения: о сроках следствия; избранных мерах пресечения; времени содержания под стражей и под домашним арестом; вещественных доказательствах и месте их хранения; гражданском иске; принятых мерах по его обеспечению и обеспечению возможной конфискации имущества, полученного в результате преступных действий или нажитого преступным путем; процессуальных издержках; принятых мерах по попечению об иждивенцах обвиняемого, об охране его имущества.

Обвинительное заключение изготавливается с копиями — для вручения их обвиняемому, защитнику и потерпевшему, а также для оставления копии у прокурора. Если лица, имеющие право получить копию обвинительного заключения, недостаточно владеют языком, на котором ведется судопроизводство, то следователь обеспечивает перевод обвинительного заключения и подготовку переведенных копий для этих лиц.

После подписания обвинительного заключения следователь не вправе чем-либо дополнить материалы следствия. Он обязан немедленно направить дело прокурору¹.

§ 4. ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПРОКУРОРА ПО ДЕЛУ, ПОСТУПИВШЕМУ С ОБВИНИТЕЛЬНЫМ ЗАКЛЮЧЕНИЕМ

Действия и решения прокурора по делу, поступившему с обвинительным заключением, составляют заключительный этап досудебного производства, на котором утверждается окончательное обвинение. Этот этап обладает определенной

объяснения) сразу же являются доказательствами. Этому соответствует обязанность следователя и дознавателя удовлетворять ходатайства защитника о приобщении к материалам дела этих доказательств (ч. 2 ст. 159), а также указывать их в перечне доказательств, на которые *ссылается* защита, в обвинительном заключении или акте (п. 6 ч. 1 ст. 220, п. 6 ч. 1 ст. 225). Такая регламентация взаимоотношений сторон на предварительном расследовании исходит из состязательного характера процесса и принципа равенства сторон (ст. 15), каждая из которых вправе сама решать, какие доказательства ей получать и использовать в процессе.

¹ Однако руководитель следственного органа вправе возвращать уголовное дело следователю со своими указаниями о производстве дополнительного расследования (п. 11 ч. 1 ст. 39). Для реализации этого права руководителю следственного органа необходимо предварительное изучение уголовного дела с обвинительным заключением.

самостоятельностью, так как для него установлены свои задачи, срок и итоговые решения (ст. 221—222 УПК). На этом этапе прокурор впервые берет на себя ответственность за качество обвинения, которое ему в дальнейшем придется поддерживать в суде¹. Прокурор, как будущий государственный обвинитель не участвует в производстве предварительного следствия, а лишь утверждает его итог в виде обвинительного заключения. Поэтому прокурор лишен права самостоятельно составить новое обвинительное заключение, прекратить уголовное дело или преследование, внести какие-либо коррективы в обвинительное заключение, изменить меру пресечения (кроме отмены заключения под стражу). На данном этапе производства по делу у прокурора есть всего два основных полномочия: либо согласиться с обвинительным заключением, либо возвратить дело следователю со своими указаниями.

Такое положение не полностью согласуется со статусом прокурора как органа надзора за следствием и как будущего государственного обвинителя. Так, прокурор — государственный обвинитель вправе представлять суду по своему усмотрению доказательства, отказаться от обвинения, изменить его в сторону смягчения, ходатайствовать о прекращении дела (ч. 5, 7 и 8 ст. 246 и др.). С учетом систематического толкования процессуальных норм представляется неоправданным лишение прокурора полномочий изменять обвинительное заключение в части смягчения обвинения, дополнения списка свидетелей со стороны обвинения, составления нового обвинительного заключения, прекращения дела. Возвращение дела следователю по данным основаниям ведет к значительному увеличению сроков следствия и содержания под стражей. Кроме того, исполнение данного решения прокурора приостанавливается в случае обжалования следователем, а само обжалование может быть многоступенчатым. Такой громоздкий механизм противоречит праву быть судимым без неоправданной задержки (подп. «с» ч. 3 ст. 14 Пакта о гражданских и политических правах).

Задачей прокурора при поступлении к нему дела с обвинительным заключением является проверка качества проведенного следствия и решение вопроса о достаточности доказательств для рассмотрения дела в суде. Эта проверка служит одной из процессуальных форм его надзора над производством предварительного следствия. Предметом проверки является выяснение всесторонности, объективности, полноты предварительного следствия, а также отсутствия нарушений процессуального закона во время его производства. Проверка осуществляется путем изучения материалов дела, рассмотрения заявленных участниками процесса ходатайств. Прокурор вправе истребовать от следователя объяснения по поводу допущенных им нарушений. Процессуальными полномочиями на данном этапе досудебного производства наделен только сам прокурор и его заместители (ч. 5 ст. 37).

Для утверждения обвинительного заключения прокурору предоставлено 10 суток, которые исчисляются со дня поступления к нему уголовного дела. Этот срок не подлежит продлению, не входит в срок следствия, но включается в срок содержания под стражей. По результатам проверки прокурор принимает одно из трех решений.

1. *Об утверждении обвинительного заключения и направлении дела в суд* в порядке ст. 222. Основанием для этого решения является признание произведенного

¹ См.: Федеральный закон от 05.06.2007 № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» и Федеральный закон от 17.01.92 г. «О прокуратуре Российской Федерации» (в ред. от 05.06.2007 г.) // Российская газета. 08.06.2007 г.

расследования качественным и достаточным для поддержания обвинения в суде (наличие достаточных доказательств виновности обвиняемого, правильность квалификации преступления, отсутствие оснований для прекращения уголовного дела, приостановления расследования, отсутствие существенных процессуальных нарушений). Изучая материалы дела, прокурор должен убедиться в том, что виновность обвиняемых полностью доказана и при подтверждении в суде собранных следователем доказательств будет вынесен обвинительный приговор. При недоказанной виновности прокурор обязан принять иное решение.

При направлении дела в суд прокурор вправе:

— составить новое обвинительное заключение. Это возможно только при условии, что предварительное расследование проведено качественно, однако составленное следователем обвинительное заключение не соответствует требованиям ст. 220. Для пересоставления обвинительного заключения прокурор вправе также возвратить дело следователю. Если обвинительное заключение составлено прокурором, то его дополнительное утверждение не требуется;

— изменить объем обвинения в сторону смягчения путем уменьшения объема обвинения (т.е. исключения каких-либо эпизодов, составов преступлений) или переквалификации деяния на преступление меньшей тяжести, исключения отдельных квалифицирующих признаков. Решение об изменении объема обвинения оформляется постановлением, которое прилагается к обвинительному заключению;

— изменить список лиц, подлежащих вызову в суд со стороны обвинения. Вместе с тем, поскольку прокурор не осуществляет надзор над деятельностью стороны защиты, он не вправе изменять список свидетелей со стороны защиты;

— ходатайствовать перед судом о проведении судебного разбирательства в отсутствие подсудимого в соответствии с ч. 5 ст. 247 УПК (подробнее об этом см. § 1 гл. 21 учебника).

Прокурор утверждает обвинительное заключение своей подписью и печатью и направляет дело в суд с учетом правил подсудности, закрепленных в ст. 31—32. На прокурора возлагается обязанность вручить (направить)¹ копии обвинительного заключения обвиняемому, а при наличии соответствующего ходатайства — защитнику и потерпевшему (ч. 2 ст. 222). Нарушение этой обязанности может повлечь возвращение судом дела прокурору (п. 2 ч. 1 ст. 237), отложение судебного разбирательства (ч. 2 ст. 265). Вместе с копией обвинительного заключения вручению подлежат приложения к нему, вынесенные постановления прокурора об изменении обвинения и обвинительного заключения.

Если обвиняемый отказался от получения копии обвинительного заключения либо не явился по вызову или иным образом уклонился от получения копии обвинительного заключения, то прокурор направляет уголовное дело в суд с указанием причин, по которым копия обвинительного заключения не была вручена обвиняемому (ч. 4 ст. 222).

О направлении дела в суд прокурор письменно уведомляет стороны, которые благодаря этому получают возможность заблаговременно подготовиться к суду. После получения такого уведомления все ходатайства и жалобы должны направляться

¹ Если обвиняемый содержится под стражей, копия обвинительного заключения вручается ему по поручению прокурора администрацией места содержания под стражей под расписку, которая представляется в суд с указанием даты и времени вручения (ч. 3 ст. 220). На практике прокурор часто поручает следователю вручить копии обвинительного заключения.

в указанный прокурором суд. В тексте уведомления прокурор разъясняет сторонам их право ходатайствовать перед судом в течение 3 суток со дня получения копии обвинительного заключения о проведении предварительного слушания по основаниям, предусмотренным ст. 229. Повторное разъяснение этих прав (первоначально они разъяснялись при ознакомлении с материалами окончанного следствия) предоставляет дополнительные гарантии сторонам воспользоваться ими.

2. *О прекращении уголовного дела в целом либо уголовного преследования в отношении отдельных обвиняемых полностью или в части.* Прекращение уголовного преследования в части одновременно означает уменьшение обвинения. О прекращении дела и преследования см. § 2 настоящей главы.

3. *О возвращении уголовного дела следователю для производства дополнительного следствия или для пересоставления обвинительного заключения для устранения выявленных им недостатков со своими письменными указаниями.* Основаниями для возвращения уголовного дела для дополнительного следствия могут быть четыре группы обстоятельств:

— неполное и необъективное выявление подлежащих доказыванию обстоятельств. Например, следователем не была проверена оправдательная версия защиты, не установлены мотивы преступления; недостаточны данные, характеризующие личность обвиняемого, характер и размер причиненного преступлением вреда и т.д. Указанное основание, по существу, является недостаточной доказанностью предъявленного обвинения;

— необходимость изменения фактической стороны предъявленного обвинения или применения уголовного закона, ухудшающего положение обвиняемого. Изменение фактической стороны обвинения предполагает замену одних существенных обстоятельств дела другими либо дополнение обвинения новыми существенными обстоятельствами (например, изменяется способ совершения преступления) или перемену самих лиц, привлеченных в качестве обвиняемых (исправление существенных данных о личности, привлечение в качестве обвиняемых других лиц);

— допущение следователем существенных нарушений уголовно-процессуального закона (как при собирании доказательств, так и при совершении иных процессуальных действий). Например, нарушение прав обвиняемого на защиту, пользование услугами переводчика, на ознакомление с материалами окончанного расследования; неправильное соединение или выделение дела и др.;

— необходимость розыска обвиняемого. Если обвиняемый скрылся, то судья возвратит дело прокурору (ч. 2 ст. 238 УПК). Исключение составляет случай, когда прокурор согласен с проведением заочного судебного разбирательства в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 247 УПК.

Постановление прокурора о возвращении уголовного дела с согласия руководителя следственного органа может быть обжаловано следователем вышестоящему прокурору (исполнение постановления прокурора тогда будет приостановлено), а при несогласии с решением последнего — Генеральному прокурору РФ с согласия Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ либо руководителя следственного органа федерального органа исполнительной власти (или при федеральном органе исполнительной власти). Вышестоящий прокурор в течение 72 часов с момента поступления соответствующих материалов либо отказывает в удовлетворении ходатайства следователя, либо отменяет постановление нижестоящего прокурора. В этом слу-

чае вышестоящий прокурор утверждает обвинительное заключение и направляет уголовное дело в суд.

Условием для возвращения уголовного дела следователю является наличие возможности устранения названных недостатков. Если исчерпаны все возможности для собирания дополнительных доказательств, то при недоказанном обвинении прокурор должен прекратить уголовное преследование в соответствующей части или уголовное дело в целом.

Возвращая дело на дополнительное следствие, прокурор устанавливает его срок — в пределах до одного месяца (ч. 6 ст. 162).

4. *Направление дела вышестоящему прокурору для утверждения обвинительного заключения по делу, подсудному вышестоящему суду*, производится в соответствии с правилами подсудности (ст. 31).

Принимая любое из указанных решений (кроме прекращения дела, когда меры принуждения отменяются), прокурор вправе избрать, отменить или изменить меру пресечения. Исключения касаются тех решений, которые отнесены законом к исключительной компетенции суда: заключения под стражу и домашнего ареста. Однако если требуется освободить лицо, незаконно содержащееся под стражей, то прокурор обязан это сделать немедленно (ч. 2 ст. 10).

О любом принятом решении прокурор должен вынести мотивированное постановление.

При изучении дела, поступившего с обвинительным заключением, прокурор обязан рассмотреть заявленные ему ходатайства и жалобы участников процесса (ст. 121—122, 124).

§ 1. ПОНЯТИЕ ДОЗНАНИЯ, ЕГО УСЛОВИЯ И СУБЪЕКТЫ ПРОИЗВОДСТВА

1. Понятие дознания

Исторически дознание возникло в недрах розыскного процесса как несудебное и оперативное исследование обстоятельств уголовного дела «по горячим следам». Это был начальный этап производства по делу, в задачи которого входило быстрое раскрытие преступления (установление основных обстоятельств события преступления и лица, его совершившего) и закрепление следов преступления со сведением к минимуму процедурных формальностей и процессуального принуждения (исключение составляло задержание подозреваемого). Дознание соответствовало этапу *общего расследования* в инквизиционном процессе (*inquisitio generalis* — лат.) и мало отличалось от административной (оперативно-розыскной) деятельности полиции¹.

Эти черты дознания как начального этапа процесса сохранялись в российском дореволюционном законодательстве. В советское время (УПК РСФСР 1922 г., 1923 г.) дознание стало заменять предварительное следствие по несложным уголовным делам, а в период массовых репрессий — фактически и по делам о политических преступлениях. УПК РСФСР 1960 г. закреплял две разновидности дознания: 1) по делам, по которым обязательно производство предварительного следствия (классическое дознание, предшествовавшее предварительному следствию, — ст. 119); 2) по делам, по которым производство предварительного следствия необязательно (дознание «вместо следствия» — ст. 120). Однако роль первой (классической) разновидности дознания как начального этапа расследования на практике постепенно уменьшалась, и по УПК РФ она вместо дознания стала называться «выполнение неотложных следственных действий органом дознания по делам, по которым производство предварительного следствия обязательно» (п. 2 ч. 2 ст. 40, ст. 157)². Поэтому по УПК РФ дознание не имеет разновидностей и является лишь «дознанием вместо следствия»³. Как и прежде, оно проводится после возбуждения уголовного дела и поэтому сопряжено с возможностью применения мер процессуального принуждения. В то же время дознание в определенной мере стало преемником такого института УПК РСФСР 1960 г., как протокольная форма досудебной подготовки материалов (ст. 414—416), от которой дознание унаследовало некоторые черты упрощенной процессуальной формы (сокращенные сроки, отсутствие института привлечения в качестве обвиняемого и др.).

¹ См.: *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного процесса. Т. 2. СПб., 1996. С. 373.

² Об этой стороне деятельности органов дознания см. § 1 гл. 13 учебника.

³ С точки зрения классической теории под предварительным следствием надо понимать лишь судебную (проводимую следственным судьей) состязательную часть предварительной подготовки дела. Дознание же есть предшествующая предварительному следствию или полностью замещающая его розыскная часть предварительной подготовки, осуществляемая под руководством прокурора. В этом смысле российское «предварительное следствие» является не чем иным, как квалифицированной экстраординарной формой дознания (так называемое прокурорское дознание), а «производство неотложных следственных действий органом дознания» (ст. 157) и дознание в порядке гл. 32 УПК РФ — две ординарные формы дознания.

Дознание — это *упрощенная (ускоренная) форма предварительного расследования*, осуществляемого дознавателем (а в отдельных случаях и следователем) по делам, по которым производство предварительного следствия необязательно (п. 8 ст. 5 УПК РФ). Смысл выделения дознания как особой формы расследования состоит в том, чтобы по относительно менее опасным и не столь сложным с точки зрения их расследования преступлениям подготовка дела к судебному производству производилась более быстро и просто. Дознание подчинено идее ускорения уголовного процесса, которое — при условии соблюдения достаточных гарантий прав и законных интересов личности — является объективной тенденцией новейшего развития уголовно-процессуального права во всем мире¹. Ускорение предварительного расследования способствует реализации *права на скорый суд* — важнейшей международно-правовой нормы, обеспечивающей защиту интересов личности (п. «с» ч. 3 ст. 14 Пакта о гражданских и политических правах; п. 3 ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод)².

В отличие от предварительного следствия дознание обладает следующими особенностями, которые можно объединить в три группы: 1) условия для производства дознания; 2) субъекты дознания; 3) упрощенная процедура расследования.

2. Условия для производства дознания

Условия для производства дознания прямо вытекают из материально-правового и процессуального оснований дифференциации процессуальной формы.

1. Материально-правовым условием для производства дознания является относительно небольшая общественная опасность преступления. Дознание производится только по тем преступлениям, которые указаны в ч. 3 ст. 150 УПК (а это, как правило, преступления небольшой или средней тяжести).

По преступлениям, которые относятся к категории дел частного обвинения (ч. 2 ст. 20), дознание производится лишь в случае возбуждения их в публичном порядке при неспособности пострадавшего самостоятельно защищать свои права и законные интересы (ч. 4 ст. 20). В остальных случаях жалоба потерпевшего направляется прямо в мировой суд, минуя предварительное расследование.

2. Процессуальным условием для производства дознания выступает относительная несложность предварительного расследования. В процессуальной теории принято считать, что расследование не является сложным при наличии следующих обстоятельств:

- доступность достаточных доказательств виновности уже на момент принятия решения о возбуждении уголовного дела (так называемая очевидность преступления);
- доступность самого подозреваемого (он не уклоняется от участия в процессуальных действиях и от исполнения грозящего ему наказания);
- подозреваемый не обладает особым правовым статусом, требующим производства по данному делу предварительного следствия, или дело не имеет особого общественного значения.

¹ См.: Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. С. 38.

² Следует, однако, отметить, что с момента принятия УПК РФ в него последовательно вносятся изменения, направленные на усложнение процессуальной формы дознания, которые все больше приближают ее к форме предварительного следствия (см. федеральные законы: от 29.05.2002 № 58-ФЗ; от 04.07.2003 № 92-ФЗ; от 06.06.2007 № 90-ФЗ; от 24.07.2007 № 214-ФЗ).

Эти критерии в той или иной мере были восприняты действующим процессуальным законом. Надо сказать, что в первоначальной редакции УПК РФ дознание производилось лишь по делам, возбуждаемым в отношении *конкретных лиц*, что означало «очевидность» преступления (ч. 2 ст. 223 УПК в ее редакции, действовавшей до принятия Федерального закона от 05.06.2007 № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации», которым данная норма была отменена). Однако в действующей редакции УПК РФ условие очевидности преступления отсутствует. Вместе с тем закон сохраняет возможность передачи прокурором любого уголовного дела от органа дознания или дознавателя следователю для производства предварительного следствия — как до составления обвинительного акта (ч. 4 ст. 150), так и после (п. 4 ч. 1 ст. 226). Решением прокурора производство предварительного следствия может быть признано обязательным по уголовному делу, относящемуся к компетенции дознания (п. 11 ч. 2 ст. 37) или к категории дел частного обвинения (ч. 4 ст. 20). Письменное указание прокурора об этом должно быть мотивировано. В частности, прокурор может дать указание о производстве следствия вместо дознания, если за сокращенные сроки дознания невозможно полно и объективно провести расследование данного дела или если уголовное дело имеет особое общественное значение (например, получило широкий резонанс в средствах массовой информации) и т.д.

Дознание не производится по деяниям, совершенным невменяемыми лицами (ч. 1 ст. 434), а также по преступлениям, совершенным в отношении лиц, обладающих служебным иммунитетом или статусом сотрудника правоохранительного органа, военнослужащего или приравненного к ним лица (подп. «б» и «в» п. 1 ч. 2 и п. 3 ч. 3 ст. 151).

3. Должностные лица, уполномоченные осуществлять дознание

Правом производства дознания как упрощенной формы расследования наделены дознаватели и следователи.

Дознаватели как штатные сотрудники специализированных подразделений дознания предусмотрены только в некоторых органах дознания: органах внутренних дел, пограничных органах Федеральной службы безопасности, органах службы судебных приставов на уровне субъектов Российской Федерации, таможенных органах, органах государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы и органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ (ч. 3 ст. 151 УПК). Компетенция остальных органов дознания ограничена производством лишь неотложных следственных действий (ст. 157).

При этом следует иметь в виду, что процессуальными правами дознавателя обладают не только лица, состоящие на должности дознавателя. Согласно закону дознаватель — это должностное лицо органа дознания, правомочное либо уполномоченное начальником органа дознания или его заместителем осуществлять расследование в форме дознания или иные процессуальные полномочия (п. 7 ст. 5, ч. 1 ст. 41). Поэтому, например, участковый уполномоченный милиции также вправе провести дознание по соответствующему поручению начальника органа дознания¹.

¹ См. п. 10.1 Инструкции по организации деятельности участкового уполномоченного милиции. Утверждена приказом МВД России от 16.09.2002 № 900 // Российская газета. 27.11.2002 г.

Дознаватель проводит дознание в соответствии с подследственностью уголовного дела (о правилах подследственности см. § 3 гл. 13 учебника). Дознаватель обладает меньшей процессуальной самостоятельностью, чем следователь. Он обязан выполнять указания начальника органа дознания и прокурора, а обжалование им этих указаний не приостанавливает их исполнения (ч. 4 ст. 41).

Действующий уголовно-процессуальный закон впервые предусмотрел возможность производства дознания следователями Следственного комитета при прокуратуре РФ, а также органов внутренних дел и органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ. Следователи Следственного комитета при прокуратуре РФ расследуют уголовное дело в форме дознания при соблюдении двух дополнительных условий (п. 7 ч. 3 ст. 151):

— по данному преступлению не обязательно производство предварительного следствия (это преступление указано в ч. 3 ст. 150 и, как правило, относится к категории небольшой или средней тяжести);

— преступление совершено лицом, обладающим служебным иммунитетом (ст. 447) или статусом сотрудника правоохранительного органа, военнослужащего или приравненного к ним лица (установлен персональный признак подследственности подп. «б» и «в» п. 1 ч. 2 ст. 151).

Следователи органов внутренних дел и органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ производят дознание по делам с соответствующей предметной подследственностью (ч. 3 ст. 150, ч. 3 ст. 151) по указанию прокурора. Прокурор вправе поручить следователю провести дознание, когда: а) сам возбуждает дело (п. 1 ст. 149); б) дает согласие на возбуждение дела или определяет подследственность поступившего уголовного дела (ч. 3 ст. 146); в) передает дело от одного органа расследования другому (п. 11—12 ч. 2 ст. 37).

Следователь даже при производстве им дознания сохраняет свой процессуальный статус и процессуальную самостоятельность.

§ 2. ПРОЦЕДУРА ПРОВЕДЕНИЯ ДОЗНАНИЯ

Порядок производства дознания такой же, как и предварительного следствия, за исключением некоторых изъятий, установленных гл. 32 УПК. Эти изъятия делятся на три группы: 1) сокращенные сроки дознания, 2) особенности применения некоторых институтов предварительного расследования, применение уведомления о подозрении в совершении преступления и 3) упрощенный порядок окончания дознания с обвинительным актом.

1. Сроки дознания

Дознание должно быть закончено в срок до 30 суток. Этот срок может быть продлен прокурором, но не более чем на 30 суток. Порядок продления срока дознания определяется по аналогии с продлением срока следствия (ч. 7—8 ст. 162 УПК). Дальнейшее продление срока дознания в необходимых случаях (о них см. § 4 гл. 13 учебника) допускается прокурором районного уровня до 6 месяцев. Продление срока дознания до 12 месяцев как исключение возможно лишь прокурором уровня субъекта РФ при необходимости производства на территории ино-

странного государства процессуальных действий, для чего дознаватель вправе направить запрос о правовой помощи. При этом вместо продления сроков дознания прокурор даже районного уровня вправе передать данное уголовное дело для производства предварительного следствия (п. 11 ч. 2 ст. 37; ч. 4 ст. 150). К сроку дознания прокурор может добавить еще 3 суток при возвращении уголовного дела для пересоставления обвинительного акта и 10 суток — для дополнительного дознания (п. 2 ч. 1 ст. 226 УПК).

Срок дознания исчисляется со дня возбуждения уголовного дела. Из этого правила следует, что все время производства неотложных следственных действий органом дознания в порядке ст. 157 УПК включается в срок дознания.

Заканчивается дознание составлением обвинительного акта. В этот момент истекает и его срок. В отличие от предварительного следствия время ознакомления потерпевшего, обвиняемого и его защитника не входит в срок дознания (более подробно об этом см. в ч. 3 данного параграфа).

2. Особенности использования отдельных институтов предварительного расследования

Дознание производится тогда, когда свойственными ему упрощенными средствами за сокращенный срок возможно полно и объективно подготовить дело к судебному производству, выполнив все задачи стадии предварительного расследования. При возникновении серьезных препятствий для дальнейшего движения дела, например при необходимости производства большого объема процессуальных действий, продолжение дознания становится практически нецелесообразным, а дело должно быть передано для производства предварительного следствия. Поэтому при производстве дознания, как правило, не используются вообще или используются в ограниченном объеме некоторые институты предварительного расследования. Так:

— возможность соединения уголовных дел (ст. 153 УПК) при проведении дознания ограничена, ибо дознание нецелесообразно проводить по многоэпизодным и групповым делам;

— дознание нецелесообразно при необходимости выполнения следственных или розыскных действий в другом районе (ч. 1 ст. 152);

— дознание не проводится «дознавательской» или следственной группой (ст. 163);

— во время дознания обычно не осуществляются наложение ареста на почтово-телеграфные отправления (ст. 185) и контроль и запись переговоров (ст. 186). Эти следственные действия по своей продолжительности рассчитаны на несколько месяцев, а небольшой срок дознания в большинстве случаев делает их малоэффективными;

— ввиду короткого срока дознания при его производстве не проводятся длительные экспертизы, а подозреваемый не помещается в медицинский стационар (ст. 203);

— дознание не приостанавливается в связи с неустановлением лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого (по п. 1 ч. 1 ст. 208); дознание нецелесообразно приостанавливать и в связи с сокрытием подозреваемого, неизвестностью его местонахождения по иным причинам (п. 2 ч. 1 ст. 208), так как за 20-дневный срок практически невозможно принять все меры по розыску подозреваемого;

— при производстве дознания, как правило, отсутствует процедура привлечения в качестве обвиняемого и сам обвиняемый обычно появляется в конце дознания — после вынесения обвинительного акта в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 47, ст. 225 УПК.

В ходе дознания редко применяется и мера пресечения — заключение под стражу, что связано с условиями для его производства (прежде всего небольшой опасностью инкриминируемого преступления), а также сокращенными сроками дознания, меньшими, чем обычный срок содержания под стражей. Поэтому во многих случаях, когда возникает необходимость заключения под стражу, одновременно возникают и основания для передачи дела для производства предварительного следствия. При дознании мера пресечения в виде заключения под стражу избирается в тех ситуациях, когда при наличии оснований для ее избрания за короткий срок дознания возможно завершить объективное и полное расследование («очевидность» преступления, наличие достаточных доказательств).

При избрании меры пресечения в виде заключения под стражу обвинительный акт должен быть составлен (подписан дознавателем или следователем, но не обязательно утвержден) в течение 10 суток с момента *фактического задержания* подозреваемого. Эта норма, закрепленная в ст. 224, конкретизирует общие правила избрания мер пресечения в отношении подозреваемых (ст. 100). При невозможности составить обвинительный акт в течение 10 суток с момента применения меры пресечения в виде заключения под стражу она либо отменяется, либо выносится постановление о привлечении в качестве обвиняемого и предъявляется обвинение.

При невозможности закончить дознание в срок до 30 суток и отсутствии оснований для изменения или отмены меры пресечения в виде заключения под стражу ее срок может быть продлен судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня по ходатайству дознавателя с согласия прокурора района, города или приравненного к нему военного прокурора до 6 месяцев (ч. 4 ст. 224 УПК).

3. Уведомление о подозрении в совершении преступления

Федеральным законом от 06.06.2007 № 90-ФЗ в УПК РФ введена ст. 223¹, предусматривающая новый процессуальный институт — уведомление о подозрении. Подозрение в совершении преступления — это предположение о совершении преступления определенным лицом, влекущее его уголовное преследование. Уголовно-процессуальное значение имеет не всякое, но только такое подозрение, которое, будучи связано с уголовным преследованием, объективно может стеснить реализацию ряда гражданских прав заподозренного лица. Наличие подозрения порождает статус подозреваемого (п. 4 ч. 1 ст. 46), которому обеспечивается право на защиту.

Уведомление о подозрении до известной степени может рассматриваться как упрощенный аналог *процедуры* привлечения лица в качестве обвиняемого при производстве предварительного следствия (гл. 23 УПК), только здесь оно привлекается лишь в качестве подозреваемого. Уведомление применяется только тогда, когда дознание производится по делу, возбужденному по факту совершения преступления. Если уголовное дело возбуждено в отношении конкретного лица, то подозрение формулируется в постановлении о возбуждении дела. Кроме того, подозрение может быть зафиксировано в протоколе задержания или постановлении об избрании меры пресечения

до предъявления обвинения. Однако это не освобождает дознавателя от обязанности уведомления.

Основанием для составления письменного уведомления о подозрении УПК (ч. 1 ст. 223¹) признает «достаточные данные, дающие основание подозревать лицо в совершении преступления». Это означает, во-первых, что основанием для подозрения могут быть не только доказательства, но и иные данные; во-вторых, данных должно быть достаточно для предположительного вывода о виновности заподозренного. Эти данные могут быть аналогичны основаниям задержания подозреваемого (ст. 91) или возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица или служить основанием для производства следственных действий по изобличению заподозренного (предъявления его для опознания, обыска в его жилище и т.п.).

Уведомление о подозрении составляется при наличии трех условий:

- 1) подозрение формулируется по тому событию, по которому возбуждалось уголовное дело, при этом квалификация преступления может быть изменена;
- 2) имеется надлежащий субъект составления уведомления (дознаватель или следователь, не подлежащий отводу, принявший дело к своему производству, действующий с соблюдением правил подследственности);
- 3) у заподозренного лица отсутствует непреодоленный служебный иммунитет (ст. 447). Указанные лица, по смыслу ст. 448 УПК, должны приобретать статус подозреваемого в особом порядке.

При наличии основания и соблюдении названных условий уведомление о подозрении должно быть составлено и направлено незамедлительно.

Процедура уведомления о подозрении складывается из следующих действий дознавателя.

1. Составление письменного уведомления. В уведомлении о подозрении в совершении преступления должны быть указаны: дата и место его составления; фамилия, инициалы лица, его составившего; фамилия, имя и отчество подозреваемого, число, месяц, год и место его рождения; описание преступления; квалификация преступления.

С учетом вероятностного характера оснований для составления уведомления и его направленности на обеспечение права на защиту следует признать, что содержание уведомления, с точки зрения всего круга обстоятельств, входящих в предмет доказывания по уголовным делам (ст. 73), может быть неполным. В противном случае дознаватель был бы вынужден еще до составления уведомления изобличать лицо в совершении преступления, выясняя все обстоятельства совершения им данного преступления.

2. Вызов заподозренного лица; удостоверение в его личности; вручение ему копии уведомления; разъяснение прав подозреваемого, составление об этом протокола. По буквальному смыслу закона, копия уведомления должна быть вручена подозреваемому лично. Закон не устанавливает срока, в течение которого должна быть вручена копия письменного уведомления. Представляется, что это должно быть сделано так быстро, как только это представляется возможным. Однако в любом случае этот срок не должен превышать 3 суток — времени, равного сроку предъявления обвинения в ходе предварительного следствия, ибо дознание — это еще более сокращенная форма расследования.

3. Допрос подозреваемого по существу подозрения должен последовать не позднее 3 суток с момента вручения копии уведомления. При этом необходимо обеспечить право подозреваемого воспользоваться услугами защитника.

4. Направление прокурору копии уведомления о подозрении лица в совершении преступления.

4. Особенности окончания дознания с обвинительным актом

Дознание может закончиться также постановлением о прекращении уголовного дела (ст. 212—214 УПК) или направлением дела прокурору для передачи его по подследственности для производства предварительного следствия (ч. 3 ст. 146, ч. 5 ст. 152). Однако наибольшими особенностями обладает окончание дознания с обвинительным актом.

Обвинительный акт — это процессуальный документ, оформляющий итоговое для дознания решение, в котором описаны его ход, результаты и сформулировано обвинение, подлежащее рассмотрению в суде. Во многом он аналогичен обвинительному заключению, однако в отличие от него имеет более простое содержание, включающее одновременно и первоначальное, и окончательное обвинение. Бланк обвинительного акта предусмотрен приложением 163 к УПК.

Процессуальный порядок окончания дознания с обвинительным актом состоит из следующих действий:

- 1) систематизации материалов уголовного дела (приведение их в «прошитый и пронумерованный» вид);
- 2) составления обвинительного акта;
- 3) ознакомления сторон с обвинительным актом и материалами дела;
- 4) утверждения начальником органа дознания обвинительного акта, составленного дознавателем, и направления дела прокурору;
- 5) деятельности и решения прокурора по делу, поступившему с обвинительным актом (ст. 226).

Рассмотрим особенности этих этапов.

Составление обвинительного акта. Обвинительный акт составляется по окончании дознания, т.е. срок дознания истекает в день подписания обвинительного акта дознавателем или следователем. Однако между днем подписания обвинительного акта и днем предъявления дела для ознакомления сторонам, по буквальному толкованию УПК (ч. 1 ст. 225), может пройти неопределенное время. Это противоречит смыслу ускоренного производства и праву лица, подвергаемого уголовному преследованию, быть судимым без неоправданной задержки. По нашему мнению, лицо, производящее дознание, обязано в тот же день после подписания обвинительного акта предъявить материалы дела для ознакомления или уведомить стороны об окончании дознания.

Подписание обвинительного акта дознавателем (следователем) означает: а) появление в деле обвиняемого в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 47; б) возникновение обязанности лица, производящего дознание, ознакомить с ним заинтересованных лиц.

Ознакомление сторон с обвинительным актом и материалами дела не регулируется какими-либо специальными нормами. Оно должно проводиться по аналогии с соответствующими правилами, установленными для предварительного следствия

(ст. 216—217). Официальные бланки соответствующих протоколов предусматривают их использование и для дознания. В то же время процедура ознакомления с материалами дознания обладает некоторыми особенностями.

Дознаватель (следователь) вправе в любой последовательности знакомить с делом сторону защиты и сторону обвинения (потерпевшего).

По буквальному смыслу закона с материалами дознания могут знакомиться только потерпевший или его представитель, обвиняемый и его защитник (ч. 2—3 ст. 225). Однако обеспечение участникам уголовного судопроизводства возможности представить суду доказательства в обоснование своей позиции, а также высказать свое мнение по поводу материалов, представленных другими участниками процесса, является неременной составляющей конституционных прав граждан на судебную защиту и на доступ к правосудию. Лишение кого-либо из участников процесса такого рода возможностей, даже при упрощенном производстве, противоречит ст. 46 и 52 Конституции РФ. В связи с этим представляется, что правом на ознакомление с материалами оконченного дознания по их ходатайству следует наделить стороны в целом (в том числе гражданского истца, гражданского ответчика, их представителей).

Время ознакомления сторон с материалами оконченного дознания законом не ограничено.

Стороны вправе заявить ходатайства о дополнении материалов дознания.

УПК РФ не дает определенного ответа на вопрос и о том, вправе ли дознаватель проводить следственные действия по ходатайству сторон после того, как обвинительный акт составлен. Представляется, что поскольку в этот момент уже не течет срок дознания, то невозможно и производство следственных действий (иное решение вместо упрощенной и сокращенной формы расследования превратило бы дознание в подобие следствия). Таким образом, ходатайства сторон о дополнении материалов дела адресуются прокурору и суду, которые их разрешают. Прокурор, принимая по ним решение, вправе направить уголовное дело для производства дополнительного дознания или предварительного следствия (п. 2 и 4 ч. 1 ст. 226).

С учетом ходатайств сторон лицо, производившее дознание, вправе изменить обвинительный акт как при ознакомлении сторон с делом, так и после такого ознакомления. Если обвинительный акт изменяется таким образом, что положение обвиняемого ухудшается (например, изменяется фактическая фабула обвинения или применяется уголовный закон о более тяжком преступлении), он снова должен быть предъявлен для ознакомления в общем порядке.

Утверждение начальником органа дознания обвинительного акта, составленного дознавателем, и направление дела прокурору. После ознакомления сторон с обвинительным актом и материалами дознания обвинительный акт утверждается начальником органа дознания и вместе с материалами дела немедленно направляется прокурору. По смыслу закона начальник органа дознания вправе потребовать пересоставления обвинительного акта, внесения в него изменений. Он вправе дать иные указания дознавателю (о прекращении дела, например, — ч. 4 ст. 41). Если дознание производилось следователем, то обвинительный акт вместе с делом сразу направляется прокурору (без согласования с начальником органа дознания или начальником следственного органа).

Действия прокурора по делу, поступившему с обвинительным актом, аналогичны тем, что совершаются при рассмотрении дел, поступивших с обвинительным за-

ключением. Прокурор проверяет качество проведенного дознания и в течение двух суток принимает одно из четырех решений:

1) об утверждении обвинительного акта и направлении дела в суд. При этом прокурор вправе своим постановлением исключить из обвинительного акта отдельные пункты обвинения или переквалифицировать обвинение на менее тяжкое. Перед тем как направить уголовное дело в суд, прокурор обеспечивает вручение копий обвинительного акта обвиняемому, его защитнику и потерпевшему. Остальные заинтересованные лица вправе сделать копии обвинительного акта за свой счет;

2) о возвращении со своими указаниями уголовного дела для производства дополнительного дознания либо пересоставления обвинительного акта в случае его несоответствия предъявляемым требованиям (ст. 225). При этом прокурор может продлить срок дознания, но не более чем на 10 суток для производства дополнительного дознания и не более чем на 3 суток для пересоставления обвинительного акта. Дальнейшее продление срока дознания осуществляется на общих основаниях (ст. 223);

3) о прекращении уголовного дела;

4) о направлении уголовного дела для производства предварительного следствия. Основанием для этого является невозможность устранить дефекты расследования с помощью дополнительного дознания. При этом время проведенного дознания включается в срок предварительного следствия.

Раздел VII

ПРОИЗВОДСТВО В СУДЕ ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ

§ 1. ПОНЯТИЕ ПОДГОТОВКИ К СУДЕБНОМУ ЗАСЕДАНИЮ: СООТНОШЕНИЕ С ПОНЯТИЕМ ПРЕДАНИЯ СУДУ

1. Понятие и основные мировые формы предания суду

Прежде чем уголовное дело попадет в стадию судебного разбирательства для его рассмотрения по существу¹, оно должно пройти определенную процедуру передачи от органов предварительного расследования и прокурора к суду, которую в теории уголовного процесса именуют *преданием обвиняемого суду*. Для этой процедуры, если отвлечься от какой-либо конкретной ее формы, мыслимы следующие задачи:

а) проверка качества предварительного расследования, включая достаточность доказательств для рассмотрения дела судом, соблюдение права обвиняемого на защиту и других требований уголовно-процессуального закона в ходе досудебного производства;

б) проверка наличия всех процессуальных условий для проведения судебного разбирательства;

в) определение судом пределов, в которых будет проходить судебное разбирательство.

Однако крайне нежелательно, чтобы разрешение вопросов в стадии предания суду в какой-либо мере *предрешило* вывод суда о виновности обвиняемого в совершении инкриминируемого ему преступления, поэтому в идеале процессуальная форма предания суду не должна допускать формирования у судей, которые будут в следующей стадии рассматривать дело по существу, скоропалительного неофициального мнения (лат. — *obiter dictum*) по данному вопросу. Подобное мнение, не будучи плодом непосредственного исследования судом всех доказательств, способно исказить всю фактическую картину дела и затем отрицательно повлиять на формирование правильного внутреннего убеждения судей при вынесении приговора. На протяжении веков законодателями предпринимались попытки найти то «золотое сечение», которое позволило бы оптимально решить эту проблему.

История уголовного процесса и судопроизводство различных государств мира знают различные формы предания суду. Так, наиболее древняя, *обвинительная* модель сохранилась, например, в уголовном судопроизводстве Шотландии, отчего ее иногда именуют шотландской². Согласно ей решение о предании обвиняемого суду *ex officio* принимает сам публичный обвинитель (например, прокурор), а направлением им в суд материалов уголовного дела с обвинительным актом порождается обязанность суда принять дело к рассмотрению по существу. Достоинством обвинительной

¹ Рассмотрение дела *по существу* — это судебное разбирательство дела с целью разрешения вопроса об уголовной ответственности подсудимого, производимое в судебном заседании в условиях устного и непосредственного исследования доказательств.

² См.: Перлов И.Д. Предание суду в советском уголовном процессе. М., 1948. С. 39. Фактически же перед нами форма предания суду, которая была заимствована в Западной Европе в XV—XVI вв. из позднего римского права и к началу XVII в. попала в Шотландию (см. об этом: Смирнов А.В. Состязательный процесс. СПб., 2001. С. 161—162).

модели являются ее простота, экономичность и быстрота. Предание суду в этом случае обычно не требует целой стадии процесса, а действия суда ограничиваются лишь организационными мероприятиями по подготовке судебного заседания. Считается, однако, что такая форма не обеспечивает достаточно беспристрастного контроля со стороны главного уголовного преследователя — прокурора — за качеством направляемых в суд обвинений.

Во Франции, помимо обвинительной формы, используемой по делам об уголовных проступках и правонарушениях, по окончании дознания до недавнего времени применялась разновидность так называемой *судебно-ревизионной* формы, при которой по окончании предварительного следствия дело восходило в соответствующую судебную инстанцию не по требованию сторон, а в силу закона, в целях проверки (ревизии) качества проведенного расследования. Предание суду по делам о преступлениях, которые могут быть подсудны суду с участием присяжных (ассизов), осуществлялось во Франции следственной камерой вышестоящего (апелляционного) суда. Недостатком этой модели считается опасность формального подхода к принятию решений о предании обвиняемого суду, ибо вышестоящий суд с трудом может обеспечить всестороннее изучение всех уголовных дел, поступающих к нему из множества нижестоящих судов. Поэтому в настоящее время (французский закон от 15 июня 2000 г.) постановление о предании обвиняемого суду по делам о преступлениях, подсудных суду ассизов, выносит следственный судья, а соответствующие полномочия следственной камеры упразднены. Таким образом, во французском уголовном процессе наряду с обвинительной формой (применяемой по окончании дознания) ныне существует особая судебная модель данного института, когда решение о предании обвиняемого суду при окончании предварительного следствия *in jure* (т.е. в порядке предварительной подготовки дела) принимается следственным судьей.

В Германии используется *судебно-ревизионная* форма, когда решение о предании обвиняемого суду принимает та же самая судебная инстанция, что в дальнейшем рассматривает данное дело по существу. Она проверяет качество представленных материалов предварительного расследования в первую очередь с точки зрения достаточности собранных обвинителем доказательств. Это чревато формированием у суда предустановленного мнения о виновности подсудимого, т.е. сформировавшегося еще до судебного разбирательства, исключительно по письменным материалам предварительного расследования. Такое предварительное мнение в известной мере может связывать суд при разбирательстве дела, ибо подсудимый является в судебное разбирательство уже с некоторой печатью подозрения.

В США (федеральные суды и суды некоторых штатов) наряду с обвинительным способом предания суду применяется и так называемая *общественная* форма, когда вопрос о назначении судебного разбирательства решается особым составом присяжных заседателей (так называемое большое, или обвинительное, жюри). В Англии предание суду по делам о преступлениях, преследуемых по обвинительному акту, осуществляется *in jure* судьей-магистратом в ходе состязательного судебного заседания — предварительного слушания, где решается вопрос о достаточности доказательств, предъявленных стороной обвинения, для передачи дела в суд для рассмотрения его по существу. При этом судья наделен правом прекратить уголовное дело ввиду того, что «обвинение не стоит ответа», т.е. когда сторона обвинения не представила доказательств виновности обвиняемого, убедительных хотя бы на первый взгляд (*prima facie*

evidence). Эта процедура снижает вероятность направления дела в суд при явной недостаточности доказательств виновности обвиняемого, а значит, и возможность судебной ошибки, напрасной судебной волокиты и иных нарушений прав личности. Важной отличительной особенностью английской модели предания суду является то, что это решение принимается не теми судьями, которые будут рассматривать данное дело по существу, и даже не судьей-следователем, как во Франции, а совершенно независимым от них и представляющим другую, параллельную, ветвь судебной власти (мировые суды) судьей-магистратом. Это обеспечивает несвязанность суда при постановлении приговора решением о предании обвиняемого суду.

Удачное компромиссное решение проблемы предания суду было найдено в австрийском уголовно-процессуальном законодательстве во второй половине XIX в. Оно сочетает достоинства обвинительной модели с преимуществами судебного контроля за качеством предварительного расследования, лишенного, однако, недостатков судебно-ревизионной формы. Суд первой инстанции избавлен здесь от необходимости высказывать по делу предварительное мнение, предавая обвиняемого суду. Обвинительный акт обычно направляется прокурором прямо в суд для рассмотрения дела по существу, как это имеет место при обвинительной форме, но если обвиняемый считает свои права нарушенными на предварительном следствии, он вправе обжаловать это решение в вышестоящую судебную инстанцию, и тогда вопрос о предании суду рассматривается в апелляционном порядке. Таким образом, обеспечиваются как права личности и объективность суда, так и интересы процессуальной экономии.

2. Стадия подготовки к судебному заседанию в российском уголовном процессе

Стадия подготовки к судебному заседанию — первая стадия судебного производства. В ходе этой стадии судья определяет, имеются ли *процессуальные условия* для назначения судебного заседания, в котором данное дело будет рассматриваться по существу, т.е. для передачи дела в стадию судебного разбирательства.

Стадия подготовки к судебному заседанию по УПК РФ заменила собой стадию, которая по УПК РСФСР 1960 г. первоначально имела название «предание суду», а затем стала именоваться «полномочия судьи до судебного разбирательства дела». Главная цель, которую ранее преследовала стадия предания суду, состояла в определении судьей, принимавшим дело, *достаточности доказательств* для рассмотрения дела в судебном заседании. Критерием такой достаточности являлся тогда предварительный вывод судьи о возможности признания обвиняемого виновным в судебном разбирательстве *при условии, если доказательства, представленные стороной обвинения, найдут в нем свое подтверждение*. Таким образом, суд осуществлял предварительную проверку (ревизию) прочности и обоснованности обвинения в судебно-ревизионной форме предания обвиняемого суду, близкой к упоминавшейся выше германской модели. По УПК РФ 2001 г. судья, принимая решение *о назначении* судебного разбирательства, никоим образом — даже в форме условного и предварительного вывода — не может решать вопрос о достаточности доказательств для вынесения обвинительного приговора. Фактически решение о достаточности доказательств для рассмотрения дела в судебном разбирательстве принимает прокурор при окончании предварительного расследования в момент направления им дела в суд (ст. 221, 226).

Это позволяет говорить о приближении российского уголовного судопроизводства к обвинительной модели предания суду, которая более отвечает требованиям состязательного процесса, нежели прежняя, судебно-ревизионная форма.

Вместе с тем все же нельзя утверждать, что решение прокурора о направлении уголовного дела в суд совершенно *предрешает* вопрос о его рассмотрении в стадии судебного разбирательства, поскольку судья в процессе подготовки к судебному заседанию вправе принять решения об ином направлении дела: передать его по подсудности, возратить прокурору для исправления недостатков обвинительного заключения; приостановить, а по определенным основаниям — даже прекратить производство по делу (ст. 236), в известной степени контролируя названными решениями качество окончательного обвинения и решая, пусть и в *негативной форме*, вопрос о предании обвиняемого суду. Поэтому, на наш взгляд, будет правильным сказать, что нынешняя форма предания суду в российском уголовном процессе имеет межстадийный и смешанный характер, включая в себя элементы обвинительной и судебно-ревизионной форм.

§ 2. ФОРМЫ ПОДГОТОВКИ К СУДЕБНОМУ ЗАСЕДАНИЮ

Стадия подготовки к судебному заседанию в российском уголовном судопроизводстве имеет две формы: 1) общий порядок подготовки к судебному заседанию (гл. 33) и 2) предварительное слушание (гл. 34 УПК).

1. Общий порядок подготовки к судебному заседанию

Задачи подготовки к судебному заседанию в *общем порядке* можно разделить на следующие виды:

— *контрольно-ревизионные* — проверка соблюдения прокурором сугубо *процессуальных условий*, при которых данное дело может слушаться в судебном разбирательстве, а именно: подсудно ли уголовное дело данному суду, вручены ли копии обвинительного заключения или обвинительного акта обвиняемому, защитнику, потерпевшему (п. 1, 2 ст. 228);

— *правообеспечительные* — подлежит ли отмене или изменению избранная мера пресечения, подлежат ли удовлетворению заявленные ходатайства и поданные жалобы, приняты ли меры по обеспечению возмещения вреда, причиненного преступлением, и возможной конфискации имущества, полученного в результате преступных действий или нажитого преступным путем (п. 3—5 ст. 228);

— *распорядительные* — решение вопроса о том, имеются ли предусмотренные ч. 2 ст. 229 основания для проведения предварительного слушания, а также вопросов, связанных с назначением судебного разбирательства, которые перечислены в ч. 2 ст. 231.

Основанием для принятия судьей решения о назначении судебного заседания в общем порядке является соблюдение названных выше *процессуальных условий*, при которых дело может слушаться в судебном разбирательстве: подсудно ли уголовное дело данному суду, вручены ли обвиняемому, защитнику и потерпевшему копии обвинительного заключения или обвинительного акта. Кроме того, выясняется вопрос о наличии или отсутствии оснований для проведения предварительного слушания. Таким образом, основания для назначения судьей судебного заседания в общем по-

рядке являются формальными, а не содержательными, и сфера судебного контроля за качеством предварительного расследования сведена к минимуму, ограничиваясь, по сути, лишь проверкой правильности вручения копий обвинительного заключения (акта).

В случаях когда названные условия соблюдены, судья выносит постановление о назначении судебного заседания в общем порядке. В постановлении указываются:

- дата и место вынесения постановления, наименование суда, фамилия и инициалы судьи, вынесшего постановление;
- основания решения о назначении судебного заседания, т.е. положительные ответы на вопросы о подсудности дела данному суду, вручении копии обвинительного заключения или обвинительного акта и отсутствии оснований для проведения предварительного слушания;
- решение о назначении судебного заседания с указанием фамилии, имени и отчества каждого обвиняемого и квалификации вменяемого ему в вину преступления;
- дата и время судебного заседания;
- место (помещение суда) судебного заседания;
- состав суда (единоличный или коллегиальный);
- решение о рассмотрении уголовного дела в открытом или закрытом судебном заседании (ч. 2 ст. 241);
- решение о вызове в судебное заседание лиц по спискам, представленным сторонами;
- решение о назначении защитника, в случае обеспечения защитника по назначению, когда его участие является обязательным (п. 2—7 ч. 1 ст. 51);
- решение об изменении или оставлении без изменения каждому из обвиняемых меры пресечения, за исключением случаев избрания меры пресечения в виде домашнего ареста или заключения под стражу.

Представляется, что принятие судьей решения о вызове в судебное заседание лиц по спискам, представленным сторонами (п. 4 ч. 2 ст. 231), является для суда обязательным. В общем порядке подготовки к судебному заседанию суд не вправе по своему усмотрению исключить из списка те или иные доказательства по мотивам их недопустимости, так как при появлении такой необходимости должно назначаться предварительное слушание. Неправомерно исключение из списка заявленных стороной лиц и по мотивам недостоверности показаний, которые они могут дать в судебном разбирательстве, либо безотносительности этих показаний к обстоятельствам дела, так как судья не вправе вдаваться здесь в оценку доказательств, которые намерены представить стороны. Иное могло бы означать отступление от состязательности процесса, в силу которой суд лишь создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав (ч. 3 ст. 15).

По делам, назначенным к рассмотрению в судебном заседании, секретарь судебного заседания составляет и направляет повестки о вызове в судебное заседание подсудимых, потерпевших, гражданских истцов, гражданских ответчиков, их представителей, свидетелей, экспертов, специалистов, переводчиков, а также извещает о месте, дне и часе рассмотрения дела прокурора и защитника. Потерпевшие и свидетели, не достигшие 16-летнего возраста, вызываются в судебное заседание вместе с их родителями или другими законными представителями, которым направляются судебные повестки.

Повестки должны быть направлены не позднее следующего дня после назначения дела к рассмотрению в судебном заседании. В тех случаях, когда направленная судом повестка окажется не врученной адресату, секретарь судебного заседания обязан немедленно по возвращении ее почтой или рассылным выяснить причины невручения, доложить об этом судье и по указанию последнего принять меры, обеспечивающие своевременное вручение повестки. Расписки о получении повесток лицами, не явившимися в суд, подшиваются к делу.

Копия постановления об избранной или измененной судом мере пресечения вручается лицу, в отношении которого оно вынесено, а также его защитнику или законному представителю по их просьбе (ч. 2 ст. 101).

По делам частного обвинения (ч. 2 ст. 20), если по ним не проводилось предварительного следствия или дознания, подсудимому вручается копия заявления потерпевшего или его законного представителя.

Принимаются также иные меры по подготовке судебного заседания. Это различного рода организационные действия судьи и секретаря судебного заседания, как-то: обеспечение доставки и надлежащих условий содержания и охраны в суде подсудимых, содержащихся под стражей; предоставление возможности сторонам ознакомления с материалами уголовного дела; разрешение вопросов о предоставлении подсудимым свиданий с родственниками и иными лицами, о допуске в судебное заседание представителей средств массовой информации, а также подготовка необходимых нормативных актов, изучение специальной литературы и т.д.

По просьбе стороны суд вправе предоставить ей возможность для дополнительного ознакомления с материалами уголовного дела.

2. Предварительное слушание

В конце 80-х — начале 90-х годов XX в. в форме судебного разбирательства в ряде континентальных уголовно-процессуальных систем наметились некоторые перемены, ранее неизвестные этим моделям судопроизводства. Например, в Италии, Финляндии, а также в России в суде первой инстанции появился подготовительный этап — предварительное слушание, образцом для которого послужила английская судебная процедура *arraignment* — привлечение к суду. Предварительное слушание обычно предназначено для того, чтобы вызвать в судебное заседание стороны, заранее выяснить их позиции по делу, проверить допустимость представленных доказательств; стороны могут заявить здесь ходатайства об исследовании в суде новых доказательств и т.д. (английская процедура *arraignment*, *giudizio abbreviato* итальянского процесса и т.п.).

Предварительное слушание по УПК РФ проводится по ходатайству сторон или по собственной инициативе судьи в следующих случаях:

— при наличии ходатайства стороны об исключении доказательства, заявленного ею после ознакомления с материалами уголовного дела либо после направления уголовного дела с обвинительным заключением или обвинительным актом в суд в течение 3 суток со дня получения обвиняемым копии обвинительного заключения или обвинительного акта;

— при наличии основания для возвращения уголовного дела прокурору (ч. 1 ст. 237);

— при наличии основания для приостановления или прекращения уголовного дела;

— для решения вопроса о рассмотрении уголовного дела судом с участием присяжных заседателей.

В данной стадии получила развитие процедура исключения недопустимых доказательств. Основанием для исключения доказательства является его недопустимость, которая есть следствие нарушения при собирании или проверке доказательств требований федерального, в первую очередь уголовно-процессуального закона. При разрешении ходатайства об исключении доказательств применяется институт *формального признания*. Это заявление, сделанное в процессе одной из сторон, о признании факта, на котором другая сторона основывает свои требования или возражения. Оно освобождает другую сторону от необходимости дальнейшего доказывания этого факта, который с тех пор считается установленным. По существу, здесь имеет место *презумпция истинности признания*, сделанного в пользу другой стороны. Если одной из сторон заявлено ходатайство об исключении доказательства по мотивам его недопустимости, а другая сторона не возражает против этого, недопустимость доказательства считается установленной, а судья удовлетворяет ходатайство о его исключении из материалов дела (ч. 5 ст. 234). Когда же противоположная сторона оспаривает необходимость исключения доказательства, то вопрос о его допустимости делается предметом доказывания. При этом могут быть допрошены свидетели, которые обладают информацией «об обстоятельствах производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов, за исключением лиц, обладающих свидетельским иммунитетом» (ч. 8 ст. 234). Очевидно, что допросу подлежат и свидетели, которым что-либо известно и об обстоятельствах изъятия и приобщения к делу не только документов, но и вещественных доказательств.

Бремя опровержения доводов защиты о недопустимости доказательства лежит на прокуроре (государственном обвинителе). Если же ходатайство об исключении доказательства было заявлено не стороной защиты, а прокурором, потерпевшим, гражданским истцом или его представителем, бремя доказывания недопустимости спорного доказательства лежит на них самих.

В случае удовлетворения судьей ходатайства об исключении доказательства судья в постановлении о назначении судебного заседания указывает, какое доказательство исключается и какие материалы уголовного дела, обосновывающие исключение данного доказательства, не могут исследоваться и оглашаться в судебном заседании и использоваться в процессе доказывания¹.

¹ В редакции УПК РФ, действовавшей до 3 июня 2006 г., было сформулировано новое для российского уголовно-процессуального законодательства положение, заимствованное из английского судопроизводства, которое в теории процесса именуется *предупреждением об алиби*. Сущность его состояла в том, что во время судебного разбирательства защите не разрешается представлять свидетельские показания в подтверждение алиби обвиняемого, если уведомление об алиби не было сделано обвинителю заблаговременно, еще в ходе предварительного расследования (ч. 6 ст. 234). Единственное исключение было сделано для тех ситуаций, когда о наличии свидетеля алиби защите стало известно только по окончании предварительного расследования. Однако данная норма была признана не соответствующей Конституции РФ Постановлением Конституционного Суда от 29.06.2004 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 7, 15, 107, 234 и 450 УПК РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы (см.: Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 4). Основанием для этого послужил вывод о том, что обязан-

По результатам предварительного слушания судья вправе принять одно из следующих решений:

- о направлении уголовного дела по подсудности, если оно неподсудно данному суду;
- возвращении уголовного дела прокурору;
- приостановлении производства по уголовному делу;
- прекращении уголовного дела;
- назначении судебного заседания.

Закон также предусматривает возможность в ходе предварительного слушания *изменения прокурором обвинения* (ч. 5 ст. 236). При этом прокурор может в данной стадии изменить обвинение лишь при том условии, что этим не ухудшается положение подсудимого и не нарушается его право на защиту. В противном случае обвиняемый встретился бы в суде с ранее не известным обвинением, которое не предъявлялось ему на предварительном расследовании, что нарушало бы его право на защиту.

УПК РФ не предусматривает права суда направлять уголовное дело для дополнительного расследования. Такое полномочие оставлено только прокурору (ст. 221, п. 2 ч. 5 ст. 439). Возвращение судом дела прокурору имеет целью не проведение дополнительного расследования, а устранение существенных нарушений закона, препятствующих судебному рассмотрению дела и связанных с содержанием и формой обвинительного заключения или обвинительного акта, нарушением права обвиняемого на ознакомление с указанными документами и др. Рассмотрим основания для возвращения дела прокурору более подробно.

1. Составление обвинительного заключения или обвинительного акта с нарушением требований УПК (п. 1 ч. 1 ст. 237). Чтобы служить основанием для возвращения дела прокурору, нарушения требований составления обвинительного заключения либо акта должны исключать саму возможность постановления судом приговора или вынесения иного решения на основе данного заключения или акта. Например, невоз-

ность предупреждения об алиби ограничивает обвиняемого в возможности отстаивать в ходе судебного разбирательства свою позицию по уголовному делу, чем нарушается его конституционное право на защиту своих прав и свобод всеми способами, не запрещенными законом, в том числе в суде. Конституционный Суд также полагает, что правило предупреждения об алиби понуждает обвиняемого ходатайствовать о вызове свидетеля для подтверждения алиби в период предварительного расследования и ведет к отказу от гарантированного Конституцией РФ права не доказывать свою невиновность. Федеральным законом от 03.06.2006 г. «О признании утратившей силу части 6 статьи 234 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» правило предупреждения об алиби было вовсе исключено из УПК РФ.

Данное решение Конституционного Суда РФ и основанное на нем законодательное изменение УПК представляется нам спорным. Когда в суде исследуется вопрос об алиби, он в силу требований справедливого судопроизводства должен решаться на основе данных, доступных обвинителю, т.е. тех, о которых ему, как правило, было известно еще в ходе предварительного расследования. Иное означает нарушение состязательного принципа равенства сторон, ибо неожиданное представление столь сильного средства, как свидетельские показания об алиби, непосредственно в ходе судебного разбирательства слишком часто делает *непосильной* для стороны обвинения задачу их опровержения в судебном заседании. Это практически лишает ее состязательного права на вызов и допрос свидетелей в ее пользу *на тех же условиях*, что и для свидетелей противоположной стороны, у которых такое право имеется (подп. «ф» п. 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод).

можно принять законное судебное решение по делу, если обвинение, изложенное в обвинительном заключении или обвинительном акте, не соответствует по своему содержанию обвинению, сформулированному в постановлении (постановлениях) о привлечении в качестве обвиняемого; либо когда обвинительное заключение или обвинительный акт не подписан следователем, дознавателем, не утвержден прокурором; когда в этих документах отсутствуют данные о судимостях, имеющихся у обвиняемого, сведения о его местонахождении, данные о лице, потерпевшем от преступления¹.

Следует иметь в виду, что Конституционный Суд РФ дал расширительное толкование рассматриваемому основанию для возвращения уголовного дела прокурору: «Если на досудебных стадиях производства по уголовному делу имели место нарушения норм уголовно-процессуального закона, то ни обвинительное заключение, ни обвинительный акт не могут считаться составленными в соответствии с требованиями данного Кодекса»². Отсюда вытекает, что суд по собственной инициативе или по ходатайству любой из сторон вправе возвратить дело прокурору для устранения допущенных в досудебном производстве процессуальных нарушений, для чего допускается выполнение необходимых следственных и иных процессуальных действий. При этом, однако, должны соблюдаться следующие условия:

— на предварительном расследовании были допущены *существенные* нарушения закона. При этом существенными процессуальными нарушениями считаются те, которые одновременно: а) ущемляют права участников уголовного судопроизводства; б) препятствуют рассмотрению дела, поскольку *не устранимы* в судебном заседании и *исключают* возможность постановления законного и обоснованного приговора. Так, например, препятствуют постановлению правосудного приговора нарушения в досудебной стадии конституционных прав обвиняемого на защиту и прав потерпевшего на доступ к правосудию, компенсацию причиненного ущерба;

— исправление таких нарушений после направления дела прокурору не будет связано с *восполнением неполноты* произведенного дознания или предварительного следствия³.

Иначе говоря, не всякие (даже существенные) процессуальные нарушения могут служить основанием для возвращения дела прокурору. Не должны быть таким основанием нарушения, устранение которых фактически означало бы проведение *допол-*

¹ См. п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 25.03.2004 г.

² Пункт 4 Постановления Конституционного Суда РФ от 08.12.2003 № 18-П по делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также гл. 35 и 39 УПК РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан // Российская газета. 23.12.2003 г.

³ Под неполнотой предварительного расследования в теории уголовного процесса понимают пробелы в установлении всего круга фактических обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу и могущих оказать существенное влияние на решение по делу. При этом неполным расследование будет являться и тогда, когда следователем, дознавателем не проверены все возможные версии по данному делу (см.: Уголовный процесс : учебник / под ред. И.Л. Петрухина. М., 2001. С. 81; Уголовный процесс : учебник. Общая часть / под ред. проф. В.З. Лукашевича. СПб., 2004. С. 98—99).

нительного расследования, которое не предусмотрено УПК РФ. Конституционный Суд РФ исходит при этом из правовой позиции, согласно которой исправление допущенных нарушений не должно сводиться: к установлению органами предварительного расследования новых фактических обстоятельств дела, к переквалификации деяний, к доказыванию виновности обвиняемых, а также к дополнению ранее предъявленного обвинения. Направляя в этих случаях уголовное дело прокурору, суд не подменяет сторону обвинения — он лишь указывает на выявленные нарушения, ущемляющие права участников уголовного судопроизводства, требуя их восстановления. Как указал Конституционный Суд РФ, возвращение уголовного дела прокурору имеет целью лишь приведение *процедуры* предварительного расследования в соответствие с требованиями, установленными в уголовно-процессуальном законе¹.

2. Судья также обязан вернуть уголовное дело прокурору, если копия обвинительного заключения или обвинительного акта не была вручена обвиняемому (п. 2 ч. 1 ст. 237). Имеется одно исключение из этого правила — дело не возвращается прокурору, если обвиняемый отказался от получения копии обвинительного заключения либо не явился по вызову или иным образом уклонился от получения копии обвинительного заключения или акта и прокурор направил уголовное дело в суд с указанием причин, по которым копия обвинительного заключения не была вручена обвиняемому.

3. Дело возвращается прокурору и в том случае, когда при ознакомлении обвиняемого с материалами уголовного дела ему не было разъяснено его право ходатайствовать: о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей, о применении особого порядка принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением, о проведении предварительного слушания.

4. Возвращение уголовного дела прокурору предусмотрено также для соединения уголовных дел, если при наличии для этого оснований такое соединение не было осуществлено на стадии предварительного расследования (п. 4 ч. 1 ст. 237). Сам судья не вправе принимать решения о соединении поступивших к нему уголовных дел, поскольку это означало бы принятие им на себя в этой части функции обвинения.

5. В п. 3 ч. 1 ст. 237 предусмотрено такое основание для возвращения дела прокурору, как *необходимость составления обвинительного заключения или обвинительного акта* по уголовному делу, направленному в суд с постановлением о применении принудительной меры медицинского характера. Необходимость в этом согласно ч. 5 ст. 443 может возникнуть, если судья признает, что психическое расстройство лица, в отношении которого рассматривается уголовное дело, не установлено или что заболевание лица, совершившего преступление, не является препятствием для применения к нему уголовного наказания.

При возвращении уголовного дела прокурору судья решает вопрос о мере пресечения в отношении обвиняемого (в том числе о заключении под стражу) и перечисляет его за прокуратурой. Если судьей оставлена или избрана обвиняемому мера пресечения в виде содержания под стражей, то срок содержания под стражей должен

¹ См. п. 4 Постановления Конституционного Суда РФ от 04.03.2003 г. по делу о проверке конституционности положений п. 2 ч. 1 и ч. 3 ст. 232 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан Л.И. Батищева, Ю.А. Евграфова, О.В. Фролова и А.В. Шмелева.

исчисляться с учетом времени, проведенного подозреваемым, обвиняемым под стражей ранее, не превышая своего предельного значения.

Судья в данной стадии может приостановить производство по уголовному делу. Для приостановления производства закон устанавливает ряд оснований. Так, судья приостанавливает производство по делу в случае, когда обвиняемый скрылся и место его пребывания неизвестно (п. 1 ч. 1 ст. 238). При побеге обвиняемого, который содержался под стражей, судья возвращает дело прокурору и поручает ему обеспечить розыск обвиняемого. Когда скрылся обвиняемый, не содержащийся под стражей, судья избирает ему меру пресечения в виде заключения под стражу и поручает прокурору обеспечить его розыск.

Если обвиняемый скрылся, но по данному делу имеются и другие обвиняемые, все производство по делу приостанавливается только тогда, когда в отсутствие скрывшегося обвиняемого дело не может быть разрешено всесторонне, полно и объективно. В ином случае должно приостанавливаться и выделяться в отдельное производство дело лишь в отношении скрывшегося обвиняемого, а в отношении остальных обвиняемых — назначаться к рассмотрению в судебном заседании.

Тяжкое заболевание обвиняемого влечет приостановление производства по делу, если оно (заболевание) препятствует его участию в судебном заседании (п. 2 ч. 1 ст. 238). Факт такого заболевания может быть подтвержден медицинским заключением, которое не является заключением судебно-медицинского эксперта, поскольку экспертиза в стадии подготовки к судебному заседанию не производится. Когда заболевание обвиняемого является психическим расстройством, вопрос о приостановлении производства по делу может решаться различным, причем не всегда положительным образом:

— если психическое расстройство обвиняемого *связано с опасностью* для него или других лиц либо с возможностью причинения им иного существенного вреда, то производство по делу не приостанавливается, а назначается судебное заседание, в котором рассматривается вопрос об освобождении лица от уголовной ответственности и о применении к нему в соответствии с ч. 1 ст. 443 принудительных мер медицинского характера;

— если психическое расстройство обвиняемого одновременно удовлетворяет следующим условиям: а) не связано с такой опасностью; б) наступило после совершения уголовно противоправного деяния; в) является хроническим, то дело в отношении него прекращается на основании ч. 2 ст. 443;

— если психическое расстройство обвиняемого не представляет опасности и имеются сведения, дающие основание полагать, что запрещенное уголовным законом деяние совершено лицом в состоянии *невменяемости*, судья должен передать дело в судебное заседание, в котором будет назначена судебно-психиатрическая экспертиза в целях проверки психического состояния данного лица и рассмотрен вопрос о прекращении в отношении него уголовного дела ввиду отсутствия в деянии состава преступления на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 и ч. 3 ст. 443;

— если психическое расстройство обвиняемого: а) не представляет опасности; б) наступило после совершения уголовно противоправного деяния и в) является согласно медицинскому заключению *временным*, то производство по делу может быть приостановлено на основании п. 2 ч. 1 ст. 238.

Основанием для приостановления судьей производства по уголовному делу может быть и направление судом запроса в Конституционный Суд РФ или принятие Конституционным Судом к рассмотрению жалобы о соответствии закона, примененного или подлежащего применению в данном уголовном деле, Конституции РФ (п. 3 ч. 1 ст. 238). Направление судом запроса в Конституционный Суд РФ является основанием для приостановления производства по делу не только в том случае, если запрос направлен судьей, проводящим данное предварительное слушание, но и другим судом любой инстанции (ст. 101, 103 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Производство по уголовному делу приостанавливается также в случае, когда место нахождения обвиняемого известно, однако реальная возможность его участия в судебном разбирательстве отсутствует (п. 4 ч. 1 ст. 238). Однако следует иметь в виду, что приостановление производства судом невозможно по любым основаниям, если одна из сторон заявляет ходатайство о проведении судебного разбирательства в отсутствие подсудимого по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 247 УПК (см. об этом ч. 5 § 1 гл. 21 учебника).

Судья на предварительном слушании может также прекратить дело или уголовное преследование (об основаниях прекращения см. § 2 гл. 17 учебника). Однако не могут служить основаниями для такого прекращения в данной стадии процесса: отсутствие события преступления (п. 1 ч. 1 ст. 24); отсутствие в деянии состава преступления (п. 2 ч. 1 ст. 24); непричастность подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления (п. 1 ч. 1 ст. 27). В этих случаях должен быть вынесен оправдательный приговор, что требует проведения судебного разбирательства¹. Суд вправе рассмотреть по существу находящееся в его производстве уголовное дело, также если до вынесения приговора новым уголовным законом была устранена преступность и наказуемость инкриминируемого обвиняемому деяния. Это не лишает обвиняемого права на доступ к правосудию и права на эффективную судебную защиту в установленных законом процессуальных формах².

При прекращении уголовного дела, так же как и при приостановлении по нему производства, судья в данной стадии вправе оценивать доказательства не только с точки зрения их допустимости, но также относимости к обстоятельствам, подлежащим доказыванию по делу, а также достоверности и достаточности.

¹ В части 1 ст. 239 УПК предусматривается также обязанность суда прекратить уголовное дело по основаниям, предусмотренным п. 1 и 2 ч. 1 ст. 24 и п. 1 и 2 ч. 1 ст. 27, если прокурор отказался от обвинения полностью или в соответствующей его части. Однако применимость этой нормы уже *в ходе предварительного слушания* вызывает сомнение, поскольку согласно Постановлению Конституционного Суда РФ вынесение судом решения, обусловленного такой позицией государственного обвинителя, допустимо лишь после завершения исследования значимых для этого материалов дела и заслушивания мнений участников судебного заседания со стороны обвинения и защиты, что мыслимо лишь в стадии судебного разбирательства (см. п. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 08.12.2003 № 18-П по делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также гл. 35 и 39 УПК РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан // Российская газета. 23.12.2003 г.).

² См. определение Конституционного Суда РФ от 05.11.2004 № 361-О.

По общему правилу судебные решения, принятые по результатам предварительного слушания, не подлежат обжалованию в вышестоящий суд. Исключение составляют решения: о прекращении уголовного дела; о назначении судебного заседания в части разрешения вопроса о мере пресечения (ч. 7 ст. 236 УПК), а также о приостановлении производства по делу¹, которые могут быть обжалованы в вышестоящем суде².

¹ См. п. 5 Постановления Конституционного Суда РФ от 08.12.2003 № 18-П.

² Положения ч. 7 ст. 236 УПК в настоящий момент не предусматривают возможность обжаловать судебное решение *о возвращении уголовного дела прокурору*. В пункте 5 Постановления Конституционным Судом РФ от 08.12.2003 № 18-П ч. 7 названной статьи была признана не соответствующей Конституции РФ, однако лишь в той ее части, которая не допускала обжалование решение суда о *приостановлении* производства по делу. Однако ранее, применительно к схожим положениям УПК РСФСР, Конституционным Судом была занята более радикальная позиция. Так, Постановлением от 02.07.98 № 20-П по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР в связи с жалобами ряда граждан была признана не соответствующей Конституции РФ норма, исключавшая обжалование и пересмотр в кассационном порядке решений судов о направлении уголовного дела для производства дополнительного расследования (см.: Российская газета. 14.07.98 г.). Важно отметить, что эта правовая позиция была основана на положениях Конституции РФ и принципах и нормах международного права, в связи с чем нет оснований не применять ее по аналогии и к положениям ч. 7 ст. 236 УПК РФ. Судебная практика по-разному подходит к возможности обжалования решений о возвращении уголовного дела прокурору. Одни вышестоящие суды отказывают сторонам в удовлетворении подобных жалоб, другие принимают их к рассмотрению. Так, определением Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ, которое было вынесено после 08.12.2003 г., отменено в кассационном порядке постановление судьи Верховного Суда Карачаево-Черкесской Республики о возвращении уголовного дела прокурору (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 9. С. 30—31).

§ 1. ПОНЯТИЕ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Судебное разбирательство — это осуществляемое в форме судебного заседания рассмотрение и разрешение уголовного дела по существу. Рассмотреть дело по существу — значит разрешить вопрос об уголовной ответственности обвиняемого.

Судебное разбирательство является основной стадией уголовного судопроизводства. Ее значение определяется тем, что только здесь обвиняемый (подсудимый) может быть впервые признан виновным в совершении преступления и ему может быть назначено наказание. Установление виновности подозреваемого или обвиняемого возможно и в стадии предварительного расследования — в случаях прекращения уголовного дела прокурором, следователем, дознавателем по так называемым *нереабилитирующим* основаниям (см. о них § 2 гл. 17 учебника), но такое *установление* виновности не равнозначно ее *признанию* судом, так как последнее порождает совершенно иные юридические последствия. Установление виновности при прекращении уголовного дела по *нереабилитирующим* основаниям влечет за собой освобождение лица от уголовной ответственности — напротив, признание лица виновным в совершении преступления означает начало реализации уголовной ответственности и, как правило, приводит к назначению ему уголовного наказания. Установление виновности лица при прекращении дела не устраняет в отношении него действие презумпции невиновности, в то время как признание его виновным означает окончание действия этого принципа. Признание лица виновным означает для него возникновение судимости и ряда других негативных юридических последствий. Признание лица виновным в совершении преступления возможно только по приговору суда, который может быть вынесен в стадии судебного разбирательства.

В стадии судебного разбирательства в полной мере достигаются задачи уголовного судопроизводства (см. о них § 3 гл. 1 учебника), здесь в наибольшей степени реализуются все его состязательные принципы, причем такие начала, как устность и гласность, очность процесса и непосредственность исследования доказательств, впервые заявляют о себе в полную силу. Состязание сторон становится открытым и достигает кульминационной точки.

Все прочие стадии имеют по отношению к судебному разбирательству характер либо предварительной подготовки (стадии возбуждения уголовного дела и предварительного расследования), либо проверки законности, обоснованности и справедливости принятых в нем решений (производство в апелляционной, кассационной, надзорной инстанциях; ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств), либо исполнительскую направленность (стадия исполнения приговора).

§ 2. ОСНОВНЫЕ МИРОВЫЕ ТИПЫ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Существуют два основных, классических, типа судебного разбирательства — *английский* и *французский*, на которые в той или иной степени ориентировано большинство национальных уголовно-процессуальных систем¹.

Согласно английскому типу² судебное следствие тесно переплетается с прениями сторон. Так, разбирательство дела начинается со *вступительной речи* обвинителя, в которой он излагает в общих чертах сущность предъявленных обвинений и тех обвинительных доказательств, которыми оно подтверждается, после чего указанные доказательства подвергаются судебному исследованию. По окончании проверки доказательств обвинения наступает очередь стороны защиты. Как правило, защита не имеет права на вступительную речь, однако она может сделать заявление о том, что «обвинение не стоит ответа», поскольку оно безосновательно и не подтверждается достаточными доказательствами. Это заявление защитник обычно аргументирует в отсутствие присяжных. Обвинителю предоставляется возможность произнести ответное слово, после чего председательствующий судья принимает решение в связи с названным заявлением защиты. При согласии с ее доводами он дает указание присяжным вынести формальный вердикт о невиновности подсудимого, после чего судебное разбирательство заканчивается. Если председательствующий отвергает заявление о безосновательности обвинения, судебное разбирательство продолжается и исследуются доказательства защиты. При этом следует отметить еще одну важную особенность судопроизводства английского типа, которая состоит в том, что при признании обвиняемым своей виновности рассмотрение дела с участием присяжных заседателей не производится, доказательства в судебном заседании не проверяются, и суд в этом случае может вынести обвинительный приговор. Впрочем, если у судьи остаются сомнения в добровольности сделанного обвиняемым признания, разбирательство по делу может быть продолжено. По окончании исследования доказательств защиты обвинителю может быть дана возможность представить доказательства, опровергающие доводы защиты, однако лишь при том неременном условии, что в пользу обвиняемого были представлены такие доказательства, которые обвинитель «не мог предвидеть». Судья в английском процессе имеет определенные *дискреционные полномочия*, т.е. право по собственной инициативе вызывать свидетелей, которых не вызвала ни сторона обвинения, ни сторона защиты, и задавать вопросы допрашиваемым свидетелям. Однако в принципе английский судья не считается субъектом доказывания, поэтому целью вопросов судьи должно быть, как правило, лишь уточнение сказанного свидетелями, а не выяснение новых обстоятельств дела. После исследования доказательств следуют заключительные прения, в ходе которых стороны высказывают свое мнение по делу. При этом сначала выступает обвинитель, потом защитник. Затем пред-

¹ См.: Уолкер Р. Английская судебная система. С. 510—521; Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. М.: Зерцало, 2001. С. 123—137, 345—363.

² Здесь нами рассматривается судебное разбирательство с участием присяжных заседателей по делам о преступлениях, преследуемых по обвинительному акту, которое по сей день считается в английской процессуальной доктрине классическим производством. Вместе с тем в современном английском уголовном процессе большинство дел рассматриваются в упрощенном (суммарном) порядке мировыми судьями-магистратами.

седательствующий произносит напутственное слово, адресованное присяжным заседателям, в котором он разъясняет присяжным их обязанности, соответствующие нормы права и подводит итог исследованию доказательств, после чего присяжные удаляются для вынесения вердикта. При оправдательном вердикте производство по делу прекращается, а подсудимый реабилитируется. В случае если вердикт имеет обвинительный характер, судебное разбирательство вступает в следующий этап — *назначение наказания*, где происходит собирание и исследование данных о личности осужденного, которые учитываются при назначении ему уголовного наказания. С этой целью по поручению судьи офицерами службы пробации¹ производится так называемое *предприговорное расследование*, результатом которого является составление предприговорного досье (доклада). В последующем судебном заседании собранные данные, характеризующие личность осужденного, а также сведения, представленные сторонами, подвергаются исследованию и принимается решение о мере наказания, или приговор (англ. *sentence*). В построении судебного разбирательства по английскому типу отчетливо прослеживается руководящая мысль о том, что доказывание виновности или невиновности обвиняемого есть всецело дело сторон, которые являются главными действующими лицами в судебном следствии. Само судебное следствие не отделено целиком от судебных прений (вступительные речи сторон), в связи с чем судебное разбирательство состоит не из отдельных последовательных этапов судебного следствия и судебных прений, а из последовательного изложения и отстаивания своей позиции сначала стороной обвинения, а потом стороной защиты.

Судебное разбирательство по французскому типу² испытывает на себе явственное влияние следственного (розыскного) начала, в связи с чем состязательность судебного процесса является здесь ограниченной. Исследование доказательств считается не столько делом сторон, сколько публичной обязанностью председательствующего судьи. Судебное следствие ведется не сторонами, а судом, поэтому, в отличие от английского порядка, оно совершенно отделено от судебных прений, которые проводятся лишь по завершении так называемого *окончательного* судебного следствия³. Вступительные прения (речи) сторон также не известны современному французскому судопроизводству — вместо них судебное следствие начинается оглашением секретарем судебного заседания постановления следственного судьи о предании обвиняемого суду. После этого начинается судебное следствие, в котором главную и активную роль играет председательствующий судья, имеющий здесь обширные дискреционные полномочия. Именно он определяет порядок исследования как уличающих, так и оправдательных доказательств, первым проводит допрос подсудимого, свидетелей и других лиц. Стороны при этом вправе задавать им вопросы лишь с разрешения председательствующего. Суд вправе по своей инициативе собирать и новые доказатель-

¹ Пробация (англ. *probation*) — вид условного осуждения, при котором осужденный во время осуждения находится под надзором специальных органов (службы пробации).

² В данном случае речь идет о производстве по делам о преступлениях в так называемом суде *ассизов*, т.е. суде с участием не только профессионального (3 судей), но и народного элемента — жюри (9 «присяжных»). Во французском процессе широко применяется также и упрощенный порядок судопроизводства по делам об уголовных проступках и правонарушениях в исправительных и полицейских судах.

³ Окончательное судебное следствие во французском уголовном процессе принято отличать от предварительного судебного следствия, которое проводится следственным судьей.

ства, вызывая с этой целью свидетелей, назначая проведение экспертиз, осмотров и даже обысков. По окончании судебного следствия проводятся прения сторон, в которых первой выступает сторона обвинения (гражданский истец, или потерпевший, его представитель, прокурор), а затем сторона защиты (подсудимый и защитник). На этом судебное заседание считается завершенным, и судьи вместе с жюри удаляются для вынесения приговора. Этот этап рассматривается как *производство по окончании судебного заседания*.

В большинстве других государств мира законодательство в части судебного разбирательства следует одному из названных типов, конечно, привнося в них известные национальные особенности. Так, судебное разбирательство в США в значительной степени повторяет английский образец, уголовное судопроизводство ФРГ в общих чертах следует французскому подходу (особенно в части широких дискреционных полномочий председательствующего судьи). До недавнего времени (по УПК РСФСР 1960 г.) французский тип являлся основой построения судебного разбирательства и в России, однако новый УПК РФ, на наш взгляд, впервые в истории отечественного уголовного процесса обнаруживает в этой части бóльшую близость к английскому состязательному стандарту.

§ 1. ОБЩИЕ УСЛОВИЯ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

1. Понятие общих условий судебного разбирательства

Общие условия судебного разбирательства — это такие уголовно-процессуальные нормы, которые применяются в судебном разбирательстве по каждому уголовному делу, т.е. имеют по отношению к этой стадии общий характер. С учетом этого обстоятельства в текстах кодексов их обычно выделяют в отдельную главу, что обеспечивает удобство пользования нормативным материалом. К числу общих условий судебного разбирательства относятся следующие положения: подсудность, непосредственность исследования доказательств, устность и гласность судебного разбирательства, неизменность состава суда, равенство прав сторон, участники судебного разбирательства, пределы судебного разбирательства, судебные решения, принимаемые в судебном разбирательстве, регламент судебного заседания, меры воздействия за нарушение порядка в судебном заседании, протоколирование судебного заседания.

Непосредственность исследования доказательств, устность и гласность судебного разбирательства являются не только общими условиями судебного разбирательства, но и принципами состязательного уголовного судопроизводства. Они были подробно рассмотрены нами в гл. 4 учебника.

2. Подсудность

Подсудность есть совокупность признаков уголовного дела, которые позволяют установить определенный суд, который правомочен рассмотреть это дело в качестве суда первой инстанции. Статья 47 Конституции РФ предусматривает, что никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом. Реализации данного конституционного положения служат правила определения предметной (родовой), персональной и территориальной подсудности.

Предметный (родовой) признак подсудности определяется особенностями предмета производства по уголовному делу, т.е. родом и характером рассматриваемых уголовных дел. Род уголовных дел определяется квалификацией деяния по статьям Особенной части УК, характер — некоторыми другими признаками, например наличием в материалах дела сведений, составляющих государственную тайну. С помощью предметной подсудности обеспечивается разграничение компетенции судов разных уровней (звеньев) судебной системы.

УПК прежде всего устанавливает предметную подсудность мировых судей (ч. 1 ст. 31). Им подсудны дела о преступлениях, караемых наказанием не более 3 лет лишения свободы, за изъятием тех видов преступлений, которые перечислены в ч. 1 ст. 31. Уголовные дела, подсудные мировому судье, о преступлениях, совершенных военнослужащими и гражданами, проходящими военные сборы, рассматриваются судьями гарнизонных военных судов единолично в порядке, установленном для произ-

водства у мирового судьи. В этих случаях приговор и постановление могут быть обжалованы в кассационном порядке (ч. 6 ст. 30).

подавляющее большинство уголовных дел рассматривают районные суды. Поэтому их предметная подсудность определяется методом исключения: районным судам подсудны дела о всех преступлениях, за изъятием уголовных дел, составляющих предмет ведения других федеральных судов всех уровней (включая военные) и мировых судов.

Предметная подсудность верховных судов республик, краевых (областных) судов, судов городов федерального значения, судов автономных областей и автономных округов определяется в УПК двумя способами. Во-первых, путем прямого указания видов преступлений, дела о которых отнесены к компетенции судов этого уровня. Это не только дела о тяжких или особо тяжких преступлениях, но и о преступлениях средней и небольшой тяжести (ст. 294—302 УК РФ и др.). Во-вторых, к предметной подсудности этих судов отнесены уголовные дела, переданные в данные суды в порядке ст. 34, 35 УПК, а также те, в материалах которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну.

В случае обвинения одного лица или группы лиц в совершении нескольких преступлений, уголовные дела о которых подсудны судам разных уровней, уголовное дело о всех преступлениях рассматривается вышестоящим судом (ч. 1 ст. 33).

Персональный признак устанавливает специальные нормы о подсудности уголовных дел в зависимости от того или иного социального положения обвиняемого (подсудимого), что является определенным изъятием из принципа о равенстве всех перед законом и судом. Персональную подсудность закон устанавливает в отношении: а) военнослужащих и приравненных к ним лиц; б) отдельных категорий должностных лиц, пользующихся служебным иммунитетом.

Согласно п. 2 ч. 1 ст. 7 Федерального конституционного закона «О военных судах Российской Федерации» военным судам подсудны дела о преступлениях, в совершении которых обвиняются военнослужащие, граждане, проходящие военные сборы, а также граждане, уволенные с военной службы, граждане, прошедшие военные сборы, при условии, что преступления совершены ими в период прохождения военной службы, военных сборов (последняя группа граждан совсем не упоминается в УПК). Дела о преступлениях, в совершении которых обвиняются военнослужащие, в том числе граждане, проходящие военные сборы, при условии, что преступления совершены ими до призыва либо поступления на военную службу, военные сборы, неподсудны военным судам.

Подсудность военным судам при конкуренции признаков персональной подсудности с иными судами может определяться по так называемой *связи дел*. Если уголовное дело по обвинению группы лиц подсудно военному суду в отношении *хотя бы одного из них*, то оно может рассматриваться военным судом лишь при непременном условии, что против этого не возражают то лицо или те лица, которые не являются военнослужащими или гражданами, проходящими военные сборы. При наличии возражений со стороны указанных лиц уголовное дело в отношении них выделяется в отдельное производство и рассматривается соответствующим судом общей юрисдикции. В случае если выделение уголовного дела в отдельное производство невозможно, данное уголовное дело в отношении всех лиц рассматривается соответствующим судом общей юрисдикции (ч. 7 ст. 31 УПК).

В данное время по персональному признаку определяется подсудность дел Верховному Суду РФ. Как суд первой инстанции он должен рассматривать уголовные дела депутатов Государственной Думы, членов Совета Федерации и судей федеральных судов в случае, если они до начала судебного разбирательства заявят об этом ходатайство (ст. 452), что служит важной гарантией независимости указанных лиц.

Кроме того, Верховному Суду РФ также подсудны уголовные дела, отнесенные федеральным конституционным законом и федеральным законом к его подсудности. В настоящее время таким законом является Федеральный конституционный закон «О военных судах Российской Федерации». Согласно ст. 9 этого Закона Военная коллегия Верховного Суда РФ рассматривает в первой инстанции, в частности, дела о преступлениях *особой сложности или особого общественного значения*, которые Военная коллегия вправе принять к своему производству при наличии ходатайства обвиняемого.

Территориальный признак подсудности состоит в том, что уголовное дело подлежит рассмотрению в суде *по месту совершения преступления*. Это способствует более полному исследованию обстоятельств дела и учету местных условий. Если определить место совершения преступления невозможно (например, кража совершена в поезде дальнего следования и точный момент ее окончания неизвестен), дело подсудно тому суду, в районе деятельности которого закончено предварительное следствие или дознание по делу. Когда же преступления совершены в разных местах, то уголовное дело по постановлению вышестоящего суда передается тому суду, юрисдикция которого распространяется на то место, где совершено большинство преступлений, подлежащих рассмотрению по данному делу, или где совершено наиболее тяжкое из них.

Согласно ст. 35 УПК территориальная подсудность уголовного дела может быть изменена в следующих случаях:

— по ходатайству стороны — в случае удовлетворения заявленного ею отвода всему составу соответствующего суда;

— по ходатайству стороны либо по инициативе председателя суда, в который поступило уголовное дело:

а) если все судьи данного суда ранее принимали участие в производстве по рассматриваемому уголовному делу, что является основанием для их отвода (ст. 63),

б) если не все участники уголовного судопроизводства по данному уголовному делу проживают на территории, на которую распространяется юрисдикция данного суда, и все обвиняемые согласны на изменение территориальной подсудности данного уголовного дела.

При этом изменение территориальной подсудности уголовного дела допускается лишь до начала судебного разбирательства. Вопрос об изменении территориальной подсудности уголовного дела разрешается председателем вышестоящего суда или его заместителем в порядке, установленном для судебного порядка рассмотрения жалоб (ч. 3, 4, 6 ст. 125).

Судья, установив в порядке подготовки к судебному заседанию, что поступившее к нему дело неподсудно данному суду, в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 227 обязан вынести постановление о направлении дела по подсудности. Уголовное дело направляется по подсудности непосредственно в тот суд, которому оно подсудно. Вместе с тем закон предписывает и исключение из этого общего правила. Так, суд вправе

оставить уголовное дело, подсудное другому суду того же уровня, в своем производстве, если он уже приступил к его рассмотрению в судебном заседании, а подсудимый на это согласен. Однако когда уголовное дело подсудно вышестоящему суду или военному суду, то оно во всех случаях подлежит передаче по подсудности (ст. 34).

Споры о подсудности между судами не допускаются. Любое уголовное дело, переданное из одного суда в другой в рассмотренном выше порядке, подлежит безусловному принятию к производству тем судом, которому оно передано (ст. 36). Данная норма направлена на предотвращение случаев волокиты и препирательств между судами по поводу подсудности. Суд не вправе отказываться от рассмотрения уголовного дела, направленного ему в соответствии со ст. 34 и 35.

3. **Неизменность состава суда**

Неизменность состава суда является одним из способов обеспечения непосредственности исследования судом доказательств по делу. Состав суда в течение всего судебного разбирательства должен быть постоянным, т.е. уголовное дело рассматривается одним и тем же судьей или одним и тем же составом суда. Не допускается также и рассмотрение дела неполным составом суда. Если кто-либо из судей лишен возможности продолжить участие в судебном заседании, то он заменяется другим судьей и судебное разбирательство уголовного дела начинается сначала (ст. 242 УПК).

Причинами, лишаящими судью возможности продолжать участие в судебном заседании и требующими его замены, могут являться удовлетворение самоотвода или отвода судьи, его длительная болезнь и т.д. В случае непродолжительной болезни судьи его замена не обязательна, и в судебном заседании на это время может быть объявлен перерыв.

4. **Равенство прав сторон**

В судебном заседании стороны обвинения и защиты пользуются равными правами на заявление отводов и ходатайств, представление доказательств, участие в их исследовании, выступление в судебных прениях, представление суду письменных формулировок по ряду вопросов, разрешаемых судом при постановлении приговора (п. 1—6 ч. 1 ст. 299 УПК), на участие в рассмотрении иных вопросов, возникающих в ходе судебного разбирательства.

Равенство прав сторон в судебном заседании есть их формальное равноправие. Однако для того чтобы в судопроизводстве соблюдалась реальная состязательность, необходимо не формальное равноправие, а *равенство возможностей* сторон по реализации своих интересов. Формальное равноправие достаточно для создания условий справедливого противоборства только тогда, когда стороны не только юридически, но и фактически равны между собой. Если же изначально силы сторон различны, их следует снабдить и неодинаковыми по своему объему и содержанию правами, которые в этом случае уравнивают суммарные позиции сторон. Поэтому в публично-состязательном судопроизводстве, где спорят фактически неравносильные субъекты — государство и личность, на стороне последней находятся так называемые *преимущества защиты*, главным из которых является презумпция невиновности. Даже в судебном заседании, где стороны имеют внешне тождественные права по представ-

лению и исследованию доказательств, заявлению отводов и ходатайств, высказыванию мнений и выступлению в судебных прениях, в целом их процессуальное положение далеко не совпадает. Бремя доказывания лежит на обвинителе, а все сомнения толкуются в пользу обвиняемого.

По смыслу ст. 15 УПК («Состязательность сторон») суд обязан создавать обеим сторонам равные условия для отстаивания ими своих процессуальных позиций. Однако одного этого может оказаться недостаточно для обеспечения правосудия, вынесения по уголовному делу правильного по существу и справедливого решения. Если стороны были объективно поставлены ходом производства в неравные или несправедливые условия, грозящие одной из них неблагоприятным исходом дела, а усилий слабой стороны явно недостаточно, чтобы самостоятельно исправить положение, суд не должен дать процессу преждевременно прекратиться легкой победой стороны, заставшей другую «врасплох», а обязан восстановить их равновесие с тем, чтобы дело было доведено до логического конца. Для этого допустима определенная *субсидиарная (вспомогательная) активность суда* в выяснении истины по делу, в том числе проведение им следственных действий. Такая субсидиарная активность нацелена на восстановление равновесия, или фактического равенства сторон. Например, в ходе судебного разбирательства одной из сторон предъявляются новые доказательства (например, вызываются для дачи показаний ранее не известные другой стороне свидетели), самостоятельная проверка и опровержение которых в судебном заседании явно превышает возможности другой стороны, т.е. является для нее *непосильной*. В таком случае (при условии бездействия соответствующей, слабой стороны, например, подсудимого) суд вправе и обязан вызвать необходимых свидетелей, истребовать предметы и документы и т.д., способные пролить свет на данные обстоятельства и таким способом предотвратить несправедливость и нарушение равенства сторон. Ясно, что в подавляющем большинстве случаев в подобном невыгодном положении рискует оказаться сторона защиты, в то время как у государственного обвинителя потенциальные возможности для собирания опровергающих доказательств сохраняются почти всегда. Поэтому предлагаемое правило может расцениваться в основном как элемент института *преимущества защиты* (см. о нем § 5 гл. 4 учебника).

Нечто подобное можно найти в английском процессе, где судья вправе по собственной инициативе, действуя активно, вызвать и допросить свидетелей, которых не представила ни одна из сторон, чтобы выяснить все неясные вопросы, если, с его точки зрения, это не было сделано сторонами. Однако важно подчеркнуть, что если полученные судом доказательства оказываются обвинительными, т.е. опровергают доводы защиты (так называемые *опровергающие доказательства*), они могут быть признаны допустимыми только в том случае, когда вызов судом свидетелей был связан с тем, что защита представила из ряда вон выходящие доказательства, до которых «не мог бы додуматься самый изобретательный ум»¹.

Потребность в субсидиарной активности суда может возникнуть и в том случае, когда выяснение существенных для дела фактов в пользу обвиняемого поставлено под угрозу из-за того, что защитник обвиняемого обнаруживает очевидную некомпетентность или недобросовестность; когда потерпевший, ввиду недостатка средств не пригласивший адвоката или иного компетентного представителя, не умеет распоря-

¹ См.: Уолкер Р. Указ. соч. С. 513—514.

диться своими правами и т.п. Наконец, следственные действия по почину суда мыслимы для проверки появившихся данных о процессуальных нарушениях в целях решения вопроса о допустимости представленных сторонами доказательств и защиты прав лиц, участвующих в процессе. Например, получив информацию о применении незаконного насилия к обвиняемому, суд может по своей инициативе допросить это лицо, назначить его освидетельствование и т.д. Такая субсидиарная активность нацелена на восстановление равновесия, или фактического равенства сторон, и потому для краткости может именоваться *эгалитарной* (от фр. *egalitaire* —уравнивающий).

Впрочем, инициатива суда уместна и тогда, когда закон предусматривает обязательное проведение каких-либо следственных или иных процессуальных действий, но ни от одной из сторон не поступает ходатайства об их проведении. Кроме того, суд может как по ходатайству стороны, так и по собственной инициативе возратить дело прокурору из стадии судебного разбирательства в целях устранения препятствий для его рассмотрения судом, когда в ходе досудебного производства были допущены существенные нарушения закона, не устранимые в судебном производстве. В подобных случаях, когда инициатива суда продиктована непосредственно интересами соблюдения или исполнения норм закона, речь может идти о *легальной* субсидиарной активности суда.

5. Участники судебного разбирательства

К числу общих условий судебного разбирательства закон относит участие в нем: председательствующего в судебном заседании (ст. 243 УПК), секретаря судебного заседания (ст. 245), обвинителя (ст. 246), подсудимого (ст. 247), защитника (ст. 248), потерпевшего (ст. 249), гражданского истца или гражданского ответчика (ст. 250), специалиста (ст. 251).

Председательствующий — судья, который руководит судебным заседанием при коллегиальном рассмотрении уголовного дела, а также судья, рассматривающий уголовное дело единолично (п. 26 ст. 5). Перед председательствующим стоят следующие задачи: а) обеспечение состязательности и равноправия сторон; б) обеспечение соблюдения распорядка судебного заседания; в) разъяснение всем участникам судебного разбирательства их прав и обязанностей, порядка их осуществления; г) ознакомление их с регламентом судебного заседания. По смыслу ст. 15 в целях соблюдения состязательного порядка судебного разбирательства председательствующий обязан создавать на основе равноправия необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав, а также принимать меры к тому, чтобы другие члены состава суда должным образом отправляли функцию правосудия, не впадая ни в обвинительный, ни в оправдательный уклон.

Секретарь судебного заседания ведет протокол судебного заседания. Он обязан полно и правильно излагать в протоколе действия и решения суда, а равно действия участников судебного разбирательства, имевшие место в ходе судебного заседания. Секретарь судебного заседания проверяет явку в суд лиц, которые должны участвовать в судебном заседании. Секретарь судебного заседания принимает участие не только в ходе судебного разбирательства, но и в судебных заседаниях на досудебном производстве — при решении судьей вопроса о применении заключения под стражу

и домашнего ареста, продлении сроков содержания под стражей, переводе лица в психиатрический стационар (ст. 107, 108, ч. 1 ст. 435), при рассмотрении жалоб участников процесса (ст. 125), при рассмотрении вопроса о получении разрешений на производство следственных действий и наложении ареста на имущество (ст. 115, 165) и др. Кроме того, по поручению председательствующего секретарь выполняет действия по составлению предварительного списка присяжных заседателей (ст. 326). После назначения судебного заседания по распоряжению председательствующего секретарь судебного заседания производит отбор кандидатов в присяжные заседатели из находящихся в суде общего и запасного годовых списков путем случайной выборки. Секретарь судебного заседания также может проводить проверку обстоятельств, препятствующих участию лица в качестве присяжного заседателя в рассмотрении уголовного дела. По завершении отбора кандидатов в присяжные заседатели секретарем составляется предварительный список с указанием их фамилий, имен, отчеств и домашних адресов, который подписывается секретарем судебного заседания, если он составлял данный список.

Государственный обвинитель — это поддерживающее от имени государства обвинение в суде по уголовному делу должностное лицо органа прокуратуры, а по поручению прокурора или в случаях, когда предварительное расследование проведено в форме дознания, также дознаватель или следователь (п. 6 ст. 5). Участие государственного обвинителя обязательно в судебном разбирательстве уголовных дел публичного и частно-публичного обвинения, поскольку без этого невозможно обеспечить состязательность процесса. Кроме того, именно государственный обвинитель начинает судебное следствие, излагая предъявленное подсудимому обвинение (ч. 1 ст. 273).

Государственный обвинитель в судебном разбирательстве является стороной обвинения, а не органом надзора за законностью. Поэтому он, в частности, высказывает суду лишь свое *мнение* по вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства, а не дает *заключения*, как это имело место по ч. 1 ст. 248 УПК РСФСР 1960 г.

Наряду с государственным обвинителем обвинение, в том числе по делам частно-публичного и публичного характера, вправе поддерживать потерпевший (п. 16 ч. 2 ст. 42). Это так называемое *добавочное (дополнительное) обвинение*, когда потерпевший наделен определенным объемом прав (по заявлению ходатайств и отводов, представлению и исследованию доказательств, участию в судебных прениях, обжалованию решений суда), но в случае отказа государственного обвинителя от поддержания обвинения не может продолжать поддерживать его самостоятельно.

Государственный обвинитель в судебном разбирательстве вправе отказаться от обвинения. Отказ от обвинения (полный или частичный) может быть связан с убеждением обвинителя в отсутствии события преступления или состава преступления в деянии подсудимого (п. 1, 2 ст. 24) либо в непричастности его к совершению преступления, а также с истечением сроков давности уголовного преследования, смертью подсудимого (за исключением случаев, когда производство по уголовному делу необходимо для реабилитации умершего); отсутствием заявления потерпевшего, если уголовное дело может быть возбуждено не иначе как по его заявлению; обнаружением во время судебного разбирательства отсутствия заключения суда о наличии признаков преступления в действиях одного из лиц, указанных в п. 1—5, 9 и 10 ч. 1 ст. 448, либо отсутствия согласия соответственно Совета Федерации, Государственной Думы,

Конституционного Суда, квалификационной коллегии судей на возбуждение уголовного дела или привлечение в качестве обвиняемого одного из лиц, указанных в п. 1 и 3—5 ч. 1 ст. 448 (п. 1, 2 ст. 27, п. 3—6 ст. 24).

Частичный отказ от обвинения может иметь место, когда названные основания касаются только некоторых вменявшихся ранее в вину эпизодов деятельности подсудимого либо только отдельных подсудимых, если их несколько. Отказ государственного обвинителя от обвинения влечет за собой полное или частичное прекращение уголовного дела или уголовного преследования.

Отказ от обвинения следует отличать от *изменения* обвинения государственным обвинителем. Такое изменение допускается лишь в сторону его смягчения. Изменение государственным обвинителем обвинения не ведет ни к полному, ни к частичному прекращению уголовного дела или уголовного преследования. Изменение обвинения может состоять в исключении из юридической квалификации деяния признаков преступления, отягчающих наказание, т.е. признаков квалифицированного состава преступления, включающего предусмотренные соответствующей частью статьи уголовного закона отягчающие обстоятельства (например, признака особой жестокости, хулиганских побуждений при обвинении в убийстве по ч. 2 ст. 105 УК РФ и т.п.).

Изменение обвинения государственным обвинителем в судебном разбирательстве может выражаться и в исключении из обвинения ссылки на какую-либо норму УК РФ, если деяние подсудимого полностью охватывается составом другого преступления, которое изначально было указано (вменялось обвиняемому) в обвинительном заключении или обвинительном акте. В этом случае имеет место возврат к предыдущей квалификации. Но переквалификация деяния на новое преступление, обвинение в котором ранее не предъявлялось и не было указано в обвинительном заключении или акте, недопустима, так как это означало бы поворот обвинения к худшему ввиду нарушения права подсудимого на защиту (см. об этом ниже).

Изменение обвинения государственным обвинителем — это и переквалификация им деяния в соответствии с нормой УК РФ, предусматривающей более мягкое наказание.

В соответствии с ч. 7 и 8 ст. 246 УПК РФ полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения в ходе судебного разбирательства, а также изменение им обвинения в сторону смягчения определяют принятие судом решения в соответствии с позицией государственного обвинителя, поскольку уголовно-процессуальный закон исходит из того, что уголовное судопроизводство осуществляется на основе принципа состязательности и равноправия сторон, а формулирование обвинения и его поддержание перед судом обеспечиваются обвинителем.

Вместе с тем государственный обвинитель в соответствии с требованиями закона должен изложить суду мотивы полного или частичного отказа от обвинения, равно как и изменения обвинения в сторону смягчения со ссылкой на предусмотренные законом основания. При этом суд должен рассмотреть указанные предложения в судебном заседании с участием сторон обвинения и защиты на основании исследования материалов дела, касающихся позиции государственного обвинителя, и итоги обсуждения отразить в протоколе судебного заседания¹.

¹ См. п. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 08.12.2003 № 18-П по делу о проверке конституционности положений ст. 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также гл. 35 и 39 УПК РФ в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан г. Москва // Российская газета. 23.12.2003 г.

Судебное решение, принятое в связи с полным или частичным отказом государственного обвинителя от обвинения или в связи с изменением им обвинения в сторону смягчения, может быть обжаловано участниками судебного производства или вышестоящим прокурором в апелляционном, кассационном или надзорном порядке¹.

Подсудимый по общему правилу является обязательным участником судебного разбирательства. Это объясняется тем, что состязательный процесс имеет очный характер, ибо полноценное состязание невозможно, если подсудимый в суде отсутствует. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод предусматривает право обвиняемого допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены как элемент права на справедливое судебное разбирательство (п. «d» § 3 ст. 6).

При неявке подсудимого рассмотрение уголовного дела должно быть отложено на определенный срок с одновременным вызовом подсудимого в судебное заседание, а к подсудимому, не явившемуся без уважительных причин, могут быть применены меры процессуального принуждения (привод, меры пресечения). Если подсудимый скрылся, а также в случае его психического расстройства или иной тяжелой болезни, исключающей возможность явки подсудимого, суд приостанавливает производство в отношении этого подсудимого до его розыска или выздоровления, о чем выносит постановление, и продолжает судебное разбирательство в отношении остальных подсудимых. Но если раздельное судебное разбирательство препятствует всестороннему и объективному рассмотрению уголовного дела, то все производство по нему приостанавливается (ч. 3 ст. 253).

Однако УПК РФ допускает случаи, когда судебное разбирательство проводится *без участия подсудимого*. Во-первых, с согласия подсудимого судебное разбирательство без его участия может быть допущено в случае, если по уголовному делу о преступлении небольшой или средней тяжести сам подсудимый ходатайствует о рассмотрении данного уголовного дела в его отсутствие. Однако это не разрешается, когда по ходатайству подсудимого проводится судебное заседание о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства в связи с согласием с предъявленным обвинением — в этом случае участие подсудимого в судебном заседании обязательно (ч. 1 ст. 316).

Во-вторых, в порядке исключения из общего правила судебное разбирательство по уголовным делам *о тяжких и особо тяжких преступлениях* может проводиться и без согласия подсудимого в его отсутствие при следующих условиях (ч. 5 ст. 247):

— подсудимый находится за пределами территории Российской Федерации и уклоняется от явки в суд, если это лицо не было привлечено к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу;

— подсудимый уклоняется от явки в суд.

По смыслу ч. 4 ст. 253 приостановление производства по делу в этих случаях не допускается². О проведении судебного разбирательства в отсутствие подсудимого суд

¹ См. там же.

² Однако положения ст. 253, в отличие от ст. 238, регулирующей приостановление производства на предварительном слушании, не препятствуют приостановлению производства по делу в стадии судебного разбирательства в случае *тяжелого заболевания обвиняемого*, если оно подтверждается медицинским заключением. Кроме того, приостановление производства в этих случаях также обязательно на основании ст. 101, 103 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» в случае направления судом запроса в Конституционный Суд о соответствии закона, примененного или подлежащего применению в данном уголовном деле, Конституции РФ.

выносит определение или постановление. При этом участие защитника в судебном разбирательстве является обязательным. Защитник (или несколько защитников) приглашается подсудимым. При отсутствии приглашенного подсудимым защитника суд принимает меры по назначению защитника (ч. 6 ст. 247).

Однако в случае отпадения названных обстоятельств (т.е. при явке подсудимого для участия в судебном разбирательстве или при привлечении данного лица к уголовной ответственности на территории иностранного государства) приговор или определение суда, вынесенные заочно, по ходатайству осужденного или его защитника, отменяется в надзорном порядке. Если подсудимый явился для участия в судебном разбирательстве, дело возвращается судом надзорной инстанции на новое судебное рассмотрение. Новое судебное разбирательство в таком случае проводится в обычном порядке (ч. 7 ст. 247). При этом подсудимый, участвуя в судебном заседании, может реализовать свое право на допрос показывающих против него свидетелей.

Защитник подсудимого участвует в судебном разбирательстве в исследовании доказательств, заявляет ходатайства, излагает суду свое мнение по существу обвинения и его доказанности, об обстоятельствах, смягчающих наказание подсудимого или оправдывающих его, о мере наказания, а также по другим вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства. Защитник не только участвует в исследовании доказательств, но так же, как и государственный обвинитель, вправе *представлять* их в судебном заседании в силу положения о равенстве прав сторон (ст. 244). Защитник излагает свое мнение по существу обвинения и его доказанности во вступительном заявлении в начале судебного следствия (ч. 2 ст. 273, ч. 1—3 ст. 335), а также в своем выступлении в судебных прениях.

В соответствии со ст. 6 Федерального закона от 31.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» в ходе судебного разбирательства защитник-адвокат не вправе, в частности:

- занимать по делу позицию вопреки воле доверителя (подсудимого), за исключением случаев, когда он убежден в том, что доверитель себя оговаривает;
- делать публичные заявления о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает;
- разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием последнему юридической помощи, без согласия доверителя;
- отказаться от принятой на себя защиты.

Потерпевший в судебном заседании, во-первых, участвует в поддержании обвинения, защищая свои права и законные интересы; а во-вторых, является источником доказательственной информации. Он должен быть заранее извещен о месте и времени судебного заседания. При неявке потерпевшего суд решает вопрос о разбирательстве дела или отложении его, в зависимости от того, возможны ли в отсутствие потерпевшего полное выяснение всех обстоятельств дела и защита его прав и законных интересов. Предварительно суд заслушивает мнение государственного обвинителя, подсудимого, защитника, других потерпевших, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей о возможности рассмотрения дела в отсутствие не явившегося потерпевшего. Когда явка потерпевшего признана судом обязательной, рассмотрение дела откладывается. Если при этом причина неявки вызванного в судебное заседание потерпевшего признана судом неуважительной, он может быть подвергнут приводу (ст. 113).

Неявка потерпевшего без уважительных причин по делам частного обвинения считается его отказом от поддержания обвинения и влечет прекращение дела судом. Вместе с тем частным обвинителем по делам данной категории может быть не только потерпевший, но и законный представитель несовершеннолетнего потерпевшего (ч. 1 ст. 318). В этом случае неявка потерпевшего при условии явки частного обвинителя не исключает рассмотрения дела.

Гражданский истец, гражданский ответчик и их представители участвуют в судебном разбирательстве. В отсутствие гражданского истца суд может рассмотреть гражданский иск только при условии, если: а) об этом ходатайствует гражданский истец или его представитель; б) гражданский иск поддерживает прокурор; в) подсудимый полностью согласен с предъявленным гражданским иском. Во всех прочих случаях суд вправе оставить гражданский иск без рассмотрения. При этом гражданский истец сохраняет возможность предъявить иск в порядке гражданского судопроизводства.

В УПК РФ не дано ответа на вопрос, каковы последствия неявки в судебное заседание гражданского ответчика. Однако представляется, что по аналогии с порядком, существующим в гражданско-процессуальном праве, уголовный суд вправе не откладывать рассмотрение иска, а значит, и всего дела ввиду неявки гражданского ответчика. При этом для рассмотрения иска судом в уголовном процессе не имеют значения причины неявки в судебное заседание гражданского ответчика, впрочем, как и гражданского истца. Это объясняется второстепенным значением гражданско-правового спора для уголовного судопроизводства, где главным предметом является вопрос об уголовной ответственности, а также сохранение за гражданским истцом и гражданским ответчиком возможности защищать свои имущественные права в порядке гражданского судопроизводства.

Специалист может быть вызван в судебное заседание не только самим судом, но и по инициативе сторон. При этом суд не вправе отказать сторонам в ходатайстве о допросе специалиста (ч. 4 ст. 271). Задачей специалиста является постановка вопросов эксперту при назначении экспертизы в судебном разбирательстве, оказание помощи суду при проведении судебных следственных действий и разъяснение сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию.

6. Пределы судебного разбирательства и недопустимость поворота обвинения к худшему

Судебное разбирательство проводится только в отношении обвиняемого, т.е. лица, в отношении которого на предварительном расследовании было вынесено постановление о привлечении его в качестве обвиняемого или обвинительный акт (ч. 1 ст. 47 УПК). Использование в законе термина «обвиняемый», а не «подсудимый», не случайно — законодатель тем самым подчеркнул, что проведение судебного разбирательства правомерно в отношении лишь тех лиц, которые имели возможность в полном объеме воспользоваться процессуальными гарантиями права на защиту, предоставленными на досудебном производстве обвиняемому. Другими словами, пределы судебного разбирательства ограничены кругом тех лиц, которые фигурировали в качестве обвиняемых в обвинительном заключении (ст. 220) или обвинительном акте (ст. 225).

Судебное разбирательство проводится лишь по предъявленному обвинению, т.е. обвинению, предъявленному лицу на предварительном расследовании в форме постановления о привлечении в качестве обвиняемого или обвинительного акта, а в случае предварительного следствия — и в виде обвинительного заключения (ч. 2 ст. 222). Вместе с тем согласно ч. 8 ст. 246 государственный обвинитель до удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора может также изменить обвинение в сторону смягчения, что не сопровождается предъявлением подсудимому измененного таким образом обвинения. Кроме того, судья в ходе предварительного слушания может частично прекратить уголовное дело или преследование (ст. 239), в связи с чем предметом судебного разбирательства будет являться лишь часть предъявленного обвиняемому обвинения, а именно то, которое указано в постановлении судьи о назначении судебного заседания.

Одной из важнейших гарантий права обвиняемого на защиту является *правило о недопустимости поворота обвинения к худшему* (ч. 2 ст. 252). Оно состоит в том, что изменение обвинения в судебном разбирательстве допускается только в том случае, если этим: а) не ухудшается положение подсудимого; б) не нарушается его право на защиту. Строго говоря, нарушение права на защиту в широком смысле также означает ухудшение положения обвиняемого и наоборот — всякое ухудшение положения обвиняемого ослабляет возможности защиты. Однако в узком смысле, который использован в названной норме, ухудшение положения обвиняемого заключается лишь в изменении обвинения на *более тяжкое*. Более тяжким будет считаться:

— новое обвинение в совершении преступления, за которое уголовным законом установлена *более суровая ответственность*, нежели по прежнему обвинению. Если верхние пределы санкций статей уголовного закона неодинаковы, более тяжким будет считаться обвинение по статье УК, предусматривающей более высокую верхнюю границу наказания либо более суровый вид наказания. Если верхние пределы санкций одинаковы, принимаются в расчет их нижние пределы. При этом более тяжким является обвинение по статье УК, предусматривающей более высокую нижнюю санкцию;

— измененное обвинение, *юридическая квалификация* которого включает по сравнению с прежней дополнительные составы преступлений (совокупность преступлений), ранее не вменявшиеся обвиняемому;

— измененное обвинение, которое позволяет признать наличие опасного или особо опасного рецидива (ст. 18 УК РФ).

Под *нарушением права обвиняемого на защиту* понимается такое изменение обвинения, при котором новое обвинение существенно отличается по фактическим обстоятельствам от ранее предъявленного, т.е. если это влечет за собой изменение представлений о времени, месте, способе и других обстоятельствах совершения преступления, влияющих на доказанность или квалификацию деяния либо могущих повлиять на вид и меру наказания. Переход к такому новому обвинению в судебном разбирательстве лишает подсудимого возможности и времени на то, чтобы всесторонне обдумать измененное обвинение, избрать оптимальную позицию защиты, заявить ходатайства о получении дополнительных оправдательных доказательств, другими словами, нарушает его положение с точки зрения реализации права на защиту. Существенное изменение обвинения с фактической стороны ухудшает положение обвиняемого по критерию нарушения права на защиту не только тогда, когда в результате обвинение

становится более тяжким, но даже в том случае, если измененное обвинение становится более мягким. Так, например, изменение обвинения в вымогательстве, предусмотренном п. «б» ч. 3 ст. 163 УК РФ (в целях получения имущества в крупном размере), на п. «в» ч. 2 той же статьи (вымогательство с применением насилия) — это, без сомнения, перекалфикация в соответствии с нормой, предусматривающей более мягкое наказание (ч. 3 ст. 163 УК РФ предусматривает максимальное наказание до 15 лет лишения свободы, тогда как ч. 2 — лишь 7 лет). Однако новое обвинение существенно отличается по квалифицирующим признакам и фактической фабуле от прежнего, оно не было заранее известно и предъявлено обвиняемому, поэтому осуждение его по измененному таким образом обвинению было бы неправомерным.

7. Решения, принимаемые в судебном разбирательстве

Помимо вынесения приговора суд в стадии судебного разбирательства вправе принять ряд других решений: об отложении и приостановлении судебного разбирательства; о прекращении уголовного дела; об избрании, изменении или отмене меры пресечения и др.

В случае невозможности судебного разбирательства ввиду неявки в судебное заседание кого-либо из вызванных лиц или в связи с необходимостью истребования новых доказательств суд своим определением или постановлением (при единоличном рассмотрении дела судьей) *откладывает его на определенный срок*. Одновременно он принимает меры по вызову или приводу неявившихся лиц или истребует новые доказательства (ст. 253 УПК). Отложение судебного разбирательства лишь на определенный срок направлено против судебной волокиты и на обеспечение срочности судебной защиты прав и законных интересов личности. Вместе с тем принятие судом решения об отложении судебного разбирательства допускается законом лишь при строго определенных условиях: а) при невозможности судебного разбирательства вследствие неявки в судебное заседание кого-либо из вызванных лиц; б) в связи с необходимостью истребования новых доказательств, в том числе для проведения судебной экспертизы.

После возобновления судебного разбирательства суд продолжает слушание с того момента, с которого оно было отложено (ч. 2 ст. 253). Следует отметить, что это означает, по существу, отказ от *принципа непрерывности* судебного заседания, который был известен прежнему уголовно-процессуальному законодательству. В соответствии с этим принципом при возобновлении судебного разбирательства оно должно было начинаться с самого начала, что обеспечивало целостность и полноту впечатления судей и сторон от исследованных в судебном заседании доказательств. Нередко суды откладывают рассмотрение дел на весьма длительные сроки, порой неоднократно. В промежутки между заседаниями по данному делу они рассматривают ряд других дел, что способно изгладить или смешать в памяти судей важные детали в показаниях подсудимого, потерпевшего, свидетелей и т.д. В результате судьи иногда выносят решение по делу фактически не на основании оценки судебных доказательств по делу в их совокупности, а руководствуясь письменными материалами, отрывочными воспоминаниями, оставшимися от прошлых заседаний, а также отдельными (а потому, возможно, односторонними) доказательствами, исследованными в последнем заседании. Представляется, что данная новация может оказать отрицательное влияние на

непосредственность исследования доказательств в суде и, как следствие этого, обоснованность принимаемых решений.

Если подсудимый скрылся, а также в случае его психического расстройства или иной тяжелой болезни, исключающей возможность явки подсудимого, суд приостанавливает производство в отношении этого подсудимого до его розыска или выздоровления, о чем выносит постановление, и продолжает судебное разбирательство в отношении остальных подсудимых. Но если раздельное судебное разбирательство препятствует всестороннему и объективному рассмотрению уголовного дела, то все производство по нему приостанавливается (ч. 3 ст. 253). Следует, однако, учитывать, что согласно ч. 4 ст. 253 приостановление производства по делу не допускается по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях, когда судебное разбирательство проводится по требованию одной из сторон в отсутствие подсудимого, который находится за пределами территории Российской Федерации и (или) уклоняется от явки в суд, если это лицо не было привлечено к ответственности на территории иностранного государства по данному уголовному делу. Вместе с тем приостановление производства по делу в стадии судебного разбирательства всегда обязательно на основании ст. 101, 103 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» в случае направления судом запроса в Конституционный Суд о соответствии закона, примененного или подлежащего применению в данном уголовном деле, Конституции РФ (см. об этом ч. 5 настоящего параграфа).

Для прекращения уголовного дела в судебном заседании предусмотрены практически те же основания, что и на предварительном слушании в стадии подготовки к судебному заседанию (см. § 2 гл. 17 и § 2 гл. 19 учебника). Кроме того, суд может прекратить уголовное дело по основаниям ч. 2 ст. 443 в отношении лица, у которого после совершения преступления наступило психическое расстройство, если оно не представляет опасности по своему психическому состоянию либо им совершено деяние небольшой тяжести.

В ходе судебного разбирательства суд вправе *избрать, изменить или отменить меру пресечения* в отношении подсудимого (ст. 255). При этом установлен срок содержания под стражей подсудимого, который по общему правилу *не может превышать 6 месяцев* со дня поступления уголовного дела в суд (добавим — или с момента заключения подсудимого под стражу самим судом. — *А.С.*) и до вынесения приговора. Выражение, что срок содержания подсудимого под стражей «не может превышать 6 месяцев», означает, что по общему правилу этот срок считается предельным.

Продление судом указанного 6-месячного срока — каждый раз не более чем на 3 месяца — должно иметь характер исключения из общего правила. Такое продление допускается только по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях, т.е. таких умышленных преступлениях, наказание за которые превышает соответственно 5 и 10 лет лишения свободы (ст. 15 УК РФ). Однако предельный срок такого продления законом не ограничен. Представляется, что суд не должен проявлять первоочередной инициативы при избрании в отношении подсудимого мер пресечения и продлении срока содержания под стражей, поскольку это не согласуется с его ролью как органа правосудия, а это прерогатива органов уголовного преследования (ст. 15 УПК). Инициатива в принятии судом такого решения должна исходить от стороны обвинения.

Ограничение свободы и личной неприкосновенности возможно только по судебному решению, принимаемому судом в *судебном заседании* на основе исследования

конкретных обстоятельств уголовного дела при обеспечении подсудимому возможности довести до суда свою позицию. Это условие распространяться на все судебные решения, касающиеся данной меры пресечения: как при первичном ее применении, так и при продлении срока содержания под стражей¹.

Решение суда о продлении срока содержания подсудимого под стражей может быть обжаловано в кассационном и надзорном² порядке. Вместе с жалобой или протестом в вышестоящий суд представляются копия определения (постановление) суда и материалы уголовного дела, которые явились основанием для принятия судебного решения о продлении срока содержания под стражей.

8. Регламент судебного заседания, меры воздействия за нарушение порядка в судебном заседании

Регламент судебного заседания — это внешние требования к порядку ведения, или, иначе говоря, «обрядность» судебного заседания. Эти требования символизируют уважение участников судопроизводства и публики, находящейся в зале судебного заседания, к правосудию и сводятся к следующему (ст. 257 УПК):

- 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 допускается только 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»;
- при нарушении порядка в судебном заседании, неподчинении распоряжениям председательствующего или судебного пристава лицо, присутствующее в зале судебного заседания, предупреждается о недопустимости такого поведения либо удаляется из зала судебного заседания. На него может быть также наложено судом денежное взыскание в размере до 25 МРОТ в том же судебном заседании, где это нарушение было установлено (ст. 117, 118).

Неподчинение обвинителя или защитника распоряжениям председательствующего, нарушающее порядок в зале судебного заседания, учитывая процессуальный статус этих участников судопроизводства, не может повлечь за собой их удаление из зала, поскольку без них продолжение состязательного процесса невозможно. Поэтому в таких случаях слушание уголовного дела по определению или постановлению суда может быть отложено, если не представляется возможным без ущерба для уголовного дела заменить данное лицо другим (ч. 2 ст. 258). Невозможность без ущерба для уголовного дела заменить обвинителя или защитника другим может выражаться в том, что отсутствуют *юридические* либо *фактические* возможности такой замены. Юридически невозможно, например, заменить частного обвинителя потерпевшего по

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 20.10.2005 № 372-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ефименко С.А. на нарушение его конституционных прав ч. 3 ст. 255 УПК РФ.

² См. п. 31 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 8.

делам, рассматриваемым мировым судьей. Фактически невозможно заменить защитника без ущерба для уголовного дела, если в местности, где действует данный суд, нет других адвокатов, и т.д. Вместе с тем, если обвинитель или защитник в такой степени нарушают порядок, что своим поведением делают невозможным продолжение судебного заседания, то слушание дела, на наш взгляд, все же следует отложить, даже если это создает определенные трудности для суда, ибо это причинит меньший ущерб уголовному делу, нежели продолжение процесса в подобных условиях. Суд вправе также предупредить обвинителя или защитника о недопустимости неподобающего поведения.

Согласно п. 5 ч. 1 и ч. 2 ст. 17 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» за совершение поступка, порочащего честь и достоинство адвоката или умаляющего авторитет адвокатуры, статус адвоката может быть прекращен советом адвокатской палаты на основании заключения квалификационной комиссии.

В случае нарушения подсудимым порядка в судебном заседании он может быть удален из зала судебного заседания только до окончания прений сторон. Учитывая процессуальный статус подсудимого и общее правило о недопустимости заочного рассмотрения уголовных дел, его удаление из зала судебного заседания должно быть крайней мерой. Подсудимый может быть удален из зала суда даже на время провозглашения приговора, который объявляться ему под расписку немедленно после провозглашения.

Обеспечивает порядок судебного заседания судебный пристав. При этом он имеет право:

- применять физическую силу, специальные средства и огнестрельное оружие в случаях и в порядке, предусмотренных Федеральным законом от 21.07.97 г. «О судебных приставах»;

- удалять из зала судебного заседания по распоряжению председателя суда, судьи или председательствующего лиц, нарушающих порядок судебного заседания;

- задерживать лиц, допустивших нарушение общественного порядка в здании суда, и передавать их в органы внутренних дел;

- при необходимости обращаться за помощью к сотрудникам органов внутренних дел и ФСБ, военнослужащим внутренних войск, а судебные приставы по обеспечению установленного порядка деятельности военных судов — также к военному командованию.

9. Протоколирование судебного заседания

В ходе судебного заседания ведется протокол (ст. 259 УПК). Протокол судебного заседания является единственным документом, который отражает весь ход судебного разбирательства, способствует постановлению приговора в соответствии с доказательствами, рассмотренными в судебном заседании, и обеспечивает возможность контроля со стороны вышестоящих судебных инстанций за выполнением судом требований закона при рассмотрении уголовных дел. В связи с этим председательствующий в судебном заседании должен уделять необходимое внимание ведению протокола и принимать в ходе судебного заседания надлежащие меры для полного и объективного изложения в нем содержания всего судебного разбирательства.

Протокол судебного заседания является способом фиксации доказательств, исследованных судом. Приговор может быть основан лишь на тех доказательствах, которые были непосредственно исследованы в судебном заседании; суд не вправе ссылаться в подтверждение своих выводов на собранные по делу доказательства, если они не были исследованы судом и не нашли отражения в протоколе судебного заседания.

В протоколе судебного заседания отражаются:

- 1) установочные данные о судебном заседании и его участниках:
 - место и дата заседания, время его начала и окончания,
 - данные об уголовном деле, рассматриваемом в судебном заседании (в отношении каких лиц рассматривается дело и в каких преступлениях они обвиняются),
 - наименование и состав суда, данные о секретаре, переводчике, обвинителе, защитнике, подсудимом, а также о потерпевшем, гражданском истце, гражданском ответчике, их представителях и других вызванных в суд лицах,
 - данные о личности подсудимого и об избранной в отношении него мере пресечения;
- 2) действия участников, предпринятые в ходе судебного заседания:
 - действия суда в том порядке, в каком они имели место в ходе судебного заседания,
 - заявления, возражения и ходатайства лиц, участвующих в уголовном деле,
 - сведения о разъяснении судом участникам уголовного судопроизводства их прав, обязанностей и ответственности;
- 3) содержание и результаты исследования доказательств:
 - подробное содержание показаний,
 - вопросы, заданные допрашиваемым, и их ответы,
 - результаты произведенных в судебном заседании осмотров и других действий по исследованию доказательств,
 - обстоятельства, которые участники уголовного судопроизводства просят занести в протокол;
- 4) промежуточные решения, принятые судом в ходе заседания:
 - определения или постановления, вынесенные судом без удаления в совещательную комнату,
 - определения или постановления, вынесенные судом с удалением в совещательную комнату;
- 5) содержания выступлений сторон в судебных прениях:
 - основное содержание выступлений сторон в судебных прениях и последнего слова подсудимого;
- 6) данные об оглашении судом приговора:
 - сведения об оглашении приговора и о разъяснении порядка ознакомления с протоколом судебного заседания и принесения замечаний на него,
 - сведения о разъяснении оправданным и осужденным порядка и срока обжалования приговора, а также о разъяснении права ходатайствовать об участии в рассмотрении уголовного дела судом кассационной инстанции.

В протокол заносятся не только заявления и ходатайства участников судебного разбирательства, но и их возражения. Представляется, что возражения могут быть заявлены на действия либо бездействие суда, председательствующего, государствен-

ного обвинителя, защитника и других участников судебного разбирательства, если они противоречат закону, нормам общей и профессиональной этики. Неправомерен отказ в занесении в протокол указанных возражений по мотивам того, что они не имеют отношения к делу. Участник судебного разбирательства вправе заявить возражения в любой момент судебного заседания, когда допущено нарушение. Недопустим отказ председательствующего зафиксировать в протоколе возражения, сопровождаемый предложением заявителю подать свои замечания на протокол после окончания судебного заседания. То же относится и к обстоятельствам, которые участники уголовного судопроизводства просят занести в протокол (п. 13 ч. 3 ст. 259).

Определения, выносимые судом в судебном заседании без удаления в совещательную комнату, подлежат занесению в протокол судебного заседания и в случаях отказа в удовлетворении заявленного ходатайства должны содержать мотивы принятого решения.

УПК РФ требует указывать в протоколе вопросы, задаваемые участниками судебного разбирательства не только эксперту, но и всем остальным лицам, допрашиваемым в судебном заседании (п. 11 ч. 3 ст. 259).

Протокол должен быть изготовлен и подписан председательствующим и секретарем судебного заседания в течение 3 суток со дня окончания судебного заседания. Трехсуточный срок изготовления и подписания протокола судебного заседания иногда соблюсти довольно трудно, — особенно если заседание продолжалось длительное время. Поэтому законодатель предусмотрел возможность изготовления и подписания его по частям, которые, как и протокол в целом, подписываются председательствующим и секретарем. По ходатайству сторон им может быть предоставлена возможность ознакомиться с частями протокола по мере их изготовления. Если протокол судебного заседания в силу объективных обстоятельств был изготовлен по истечении 3 суток со дня окончания судебного заседания, то участники судебного разбирательства, подавшие ходатайства об ознакомлении с ним, извещаются о дате подписания протокола и времени, когда они могут с ним ознакомиться.

Письменные ходатайство об ознакомлении с протоколом судебного заседания могут быть поданы сторонами в течение 3 суток со дня окончания судебного заседания. Этот срок может быть восстановлен судьей, если ходатайство не было подано по уважительным причинам. Однако ходатайство об ознакомлении с протоколом может и не быть удовлетворено, если срок для кассационного обжалования истек, либо дело уже направлено в кассационную инстанцию, либо находится в стадии исполнительного производства.

Председательствующий обеспечивает сторонам возможность ознакомления с протоколом судебного заседания в течение 3 суток со дня получения ходатайства. Он может предоставить возможность ознакомления с протоколом и другим участникам судебного разбирательства по их ходатайству, но только в части, касающейся их показаний. Время ознакомления с протоколом судебного заседания устанавливается председательствующим в зависимости от объема протокола, но не должно быть менее 5 суток. В исключительных случаях председательствующий по ходатайству лица, знакомящегося с протоколом, вправе продлить время ознакомления. Если участник судебного разбирательства явно затягивает время ознакомления с протоколом, председательствующий вправе своим постановлением установить определенный срок для такого ознакомления.

Участники судебного разбирательства вправе получить копию протокола судебного заседания, выполненную за их счет.

В течение 3 суток со дня ознакомления с протоколом судебного заседания стороны могут подать на него замечания. По результатам рассмотрения замечаний председательствующий выносит постановление об удостоверении их правильности либо об их отклонении. Замечания на протокол и постановление председательствующего приобщаются к протоколу судебного заседания. Закон не устанавливает конкретного срока рассмотрения поданных сторонами замечаний председательствующим — говорится лишь о *незамедлительности* их рассмотрения.

§ 2. ПОДГОТОВИТЕЛЬНАЯ ЧАСТЬ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

Судебное разбирательство в современном российском уголовном судопроизводстве состоит из нескольких этапов, а именно: подготовительной части, судебного следствия, прений сторон и последнего слова подсудимого, постановления и провозглашения приговора (гл. 36—39 УПК).

Подготовительная часть судебного заседания — этап судебного разбирательства между объявлением председателем об открытии им заседания до начального момента судебного следствия, каковым по УПК РФ признается изложение обвинителем предъявленного подсудимому обвинения. Задачи этого этапа заключаются в выполнении судом определенных процессуальных действий по обеспечению прав участников судебного разбирательства, а также полного и объективного выяснения обстоятельств дела в судебном следствии.

В назначенное время председательствующий *открывает судебное заседание* и объявляет, какое уголовное дело подлежит разбирательству, каким судом и какое дело должно быть рассмотрено. При этом указывается полное название данного суда, фамилия, имя и отчество подсудимого, а также статьи уголовного закона (а также части, пункты этих статей), по которым он обвиняется, — в том их объеме, которые указаны в постановлении судьи о назначении судебного заседания. Открытие судебного заседания, учитывая требование закона о неизменности состава суда (ст. 242), допускается только при наличии всех судей, входящих в коллегиальный состав суда, и секретаря судебного заседания.

Открытие судебного заседания непосредственно предшествует проверке судом явки в суд лиц, которые должны участвовать в судебном заседании. Поэтому в случае неявки кого-либо из их числа, даже если это, возможно, будет препятствовать продолжению судебного разбирательства, суд должен в точно назначенное время все же открыть судебное заседание и проверить в нем явку в суд указанных лиц в установленной для этого процессуальной форме. Вопрос о возможности рассмотрения дела в отсутствие кого-либо из неявившихся участников уголовного судопроизводства согласно закону должен быть обсужден и разрешен лишь в конце подготовительной части, поэтому незаконной является практика отложения судами дел, а тем более «снятия их с рассмотрения» без какого-либо процессуального оформления при неявке тех или иных участников судопроизводства, без выхода в судебное заседание.

О явке лиц, которые должны участвовать в судебном заседании, докладывает секретарь судебного заседания, который также сообщает о причинах неявки отсутствующих лиц. Перед началом разбирательства дела секретарь обязан проверить, все ли

вызываемые в суд лица явились в судебное заседание, кто из неявившихся получил повестки, кто не получил и по какой причине, доставлены ли подсудимые, находящиеся под стражей. Суд должен выяснить, какие меры принимались секретарем для обеспечения явки в суд и каковы их результаты.

В случае если в судебном заседании принимает участие переводчик, суд разъясняет ему права и обязанности, о чем переводчик дает подписку, которая приобщается к протоколу судебного заседания. Председательствующий должен разъяснить переводчику следующие права: знакомиться с протоколом судебного заседания и делать замечания по поводу правильности записи перевода, подлежащие занесению в протокол; подавать жалобы на действия (бездействие) и решения суда, ограничивающие его права. Переводчик также предупреждается председательствующим об ответственности за заведомо неправильный перевод в соответствии со ст. 307 и 310 УК РФ. Первоочередное разъяснение прав и обязанностей переводчику необходимо для того, чтобы участники судебного разбирательства, не владеющие языком, на котором ведется судопроизводство, с самого начала могли понимать содержание всех процессуальных действий.

Секретарь судебного заседания докладывает суду о явке в числе других вызванных в судебное заседание лиц и свидетелей. При этом секретарь обычно проверяет явку вызванных свидетелей согласно спискам, представленным сторонами (п. 4 ч. 2 ст. 231), и постановлению судьи о назначении судебного заседания (ст. 232). Следует, однако, иметь в виду, что в соответствии с ч. 4 ст. 271 свидетели и специалисты могут по инициативе сторон явиться и прямо в судебное заседание. Поэтому секретарь судебного заседания перед началом заседания и председательствующий в подготовительной его части должны выяснить, присутствуют ли такие свидетели в зале судебного заседания или в здании суда. Суд удаляет явившихся свидетелей из зала судебного заседания до начала их допроса (ст. 264). Это делается для того, чтобы установление личности подсудимого и исследование обстоятельств дела не оказывало на свидетелей внушающего воздействия. Председательствующему следует разъяснить свидетелям, что их удаление из зала предусмотрено судебной процедурой; что их вызовут, как только наступит черед дачи ими показаний; что до их допроса они не должны обсуждать между собой какие-либо обстоятельства дела, а после допроса общаться с еще не допрошенными свидетелями; что до вызова в зал судебного заседания они не должны покидать здание суда.

В дальнейшем, уже в ходе судебного следствия, допрошенные свидетели могут оставаться в зале судебного заседания или, если нет возражений сторон или экспертов (они могут еще иметь к ним вопросы), покинуть зал судебного заседания. Оставшиеся после допроса свидетели при необходимости могут быть снова допрошены. Если в ходе судебного разбирательства возникает необходимость допросить в качестве свидетеля лицо, не вызывавшееся в качестве свидетеля, но присутствующее в зале судебного заседания, оно может быть допрошено сторонами, экспертом и судом. При этом факт присутствия такого лица в зале во время исследования доказательств учитывается судом при оценке его показаний. Кроме того, такой свидетель уже не может участвовать в предъявлении подсудимого для опознания.

Судебный пристав обязан предотвращать общение еще не допрошенных судом свидетелей со свидетелями, допрос которых уже закончен, а также с иными лицами, находящимися в зале судебного заседания.

Следующим процессуальным действием подготовительной части судебного заседания является установление личности подсудимого и своевременности вручения ему копии обвинительного заключения или обвинительного акта. Установление личности подсудимого — один из важнейших моментов подготовительной части. Суд должен быть абсолютно уверен в том, что подсудимый — это именно то лицо, в отношении которого ведется уголовное преследование. Кроме того, выяснение данных о личности подсудимого имеет значение для индивидуализации ответственности в случае признания его виновным; для решения вопроса о сохранении или изменении ему меры пресечения и т.д. Председательствующий устанавливает личность подсудимого, выясняя его фамилию, имя, отчество, год, месяц, день и место рождения, выясняет, владеет ли он языком, на котором ведется уголовное судопроизводство, место его жительства и место работы, род занятий, образование, семейное положение. Могут выясняться и другие данные о личности подсудимого: о наличии у него судимости (при этом выясняется, погашена она или не погашена), государственных наград, несовершеннолетних детей и других иждивенцев, инвалидности, хронических и тяжелых заболеваний; состоит ли он на учете в психоневрологическом или наркологическом диспансере и т.д. Впрочем, суд не должен ограничиваться выяснением названных обстоятельств лишь в подготовительной части судебного заседания, поскольку они относятся к обстоятельствам, подлежащим доказыванию по уголовному делу (п. 3 ч. 1 ст. 73), а обеспечивать их полное установление также в ходе судебного следствия с помощью доказательств.

Затем председательствующий выясняет, вручена ли подсудимому копия обвинительного заключения (акта), а также постановление прокурора об изменении обвинения (в порядке ч. 2 ст. 226). Следует иметь в виду, что судебное разбирательство уголовного дела не может быть начато ранее 7 суток со дня вручения обвиняемому копии обвинительного заключения или обвинительного акта, постановления об изменении обвинения. Если названный срок нарушен, судебное разбирательство откладывается для вручения подсудимому обвинительного заключения (акта).

Вслед за этим председательствующий объявляет состав суда, сообщает, кто является обвинителем, защитником, потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком или их представителями, а также секретарем судебного заседания, экспертом, специалистом и переводчиком. Председательствующий разъясняет сторонам их право заявлять отвод составу суда или кому-либо из судей.

После разрешения вопроса об отводах председательствующий разъясняет подсудимому его права в судебном разбирательстве из числа предусмотренных ст. 47. Если в судебном разбирательстве участвуют несколько подсудимых, права всем им разъясняются одновременно, однако вопрос, понятны ли они, выясняется раздельно, в отношении каждого подсудимого. Разъяснение прав подсудимому не должно сводиться к сухому перечислению его прав лишь в том виде, в котором они записаны в законе. Оно предполагает объяснение подсудимому в простой и доходчивой форме, какое содержание имеют его права и как он ими может воспользоваться.

Затем председательствующий разъясняет потерпевшему, гражданскому истцу, их представителям, а также гражданскому ответчику и его представителю их права и обязанности в судебном разбирательстве. Потерпевшему разъясняется, помимо других его прав, право на примирение с подсудимым в случаях, когда это допускается законом (ст. 25 УПК). Эксперту и специалисту разъясняются их права и обязанности,

а также ответственность за их неисполнение, причем эксперт дает в этом подписку, которая приобщается к протоколу судебного заседания.

Разъяснив права участникам судебного разбирательства, председательствующий опрашивает стороны, имеются ли у них ходатайства о вызове новых свидетелей, экспертов и специалистов, об истребовании вещественных доказательств и документов или об исключении недопустимых доказательств. Заявитель ходатайства обязан его обосновать. Разрешению ходатайства должно предшествовать заслушивание судом мнения сторон, после чего он рассматривает заявленное ходатайство и удовлетворяет либо отвергает его своим решением. Отрицательное решение суда по заявленному ходатайству не лишает лицо, которому судом отказано в удовлетворении ходатайства, права заявить его вновь в ходе дальнейшего судебного разбирательства.

В УПК РФ содержится чрезвычайно важная новация, согласно которой суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, если они явились в суд по инициативе заинтересованной стороны (ч. 4 ст. 271). Эта норма служит реальной гарантией интересов сторон против необоснованного отказа в удовлетворении ходатайств о вызове и допросе свидетелей и специалистов в ходе предварительного расследования или в стадии назначения судебного заседания. Данное положение в значительной степени обеспечивает состязательное ведение судебного разбирательства.

Завершается подготовительная часть разрешением вопроса о возможности рассмотрения уголовного дела в отсутствие кого-либо из участников уголовного судопроизводства. Судебное разбирательство всегда невозможно только в отсутствие обвинителя, поскольку состязательный процесс без него лишается своей движущей силы. Судебное разбирательство может быть продолжено в отсутствие подсудимого — но только при условии, что по уголовному делу о преступлении небольшой или средней тяжести подсудимый ходатайствует о рассмотрении данного уголовного дела в его отсутствие (ч. 4 ст. 247). При неявке защитника и невозможности его замены судебное разбирательство откладывается. В случае неявки потерпевшего суд рассматривает уголовное дело в его отсутствие, за исключением случаев, когда явка потерпевшего признана судом обязательной. Однако по уголовным делам частного обвинения неявка потерпевшего без уважительных причин влечет за собой прекращение уголовного дела за отсутствием в деянии подсудимого состава преступления (ст. 249). Суд вправе рассмотреть гражданский иск в отсутствие гражданского истца, если: а) об этом ходатайствует гражданский истец или его представитель; б) гражданский иск поддерживает прокурор; в) подсудимый полностью согласен с предъявленным гражданским иском. В прочих случаях суд при неявке гражданского истца или его представителя вправе оставить гражданский иск без рассмотрения. Если имеет место неявка в судебное заседание свидетеля, эксперта или специалиста, суд может продолжить рассмотрение дела и вернуться к вопросу о возможности его окончания в отсутствие этих лиц в конце судебного следствия. Однако неявка переводчика, вызванного для подсудимого, исключает продолжение судебного заседания.

При неявке кого-либо из участников суд заслушивает мнения сторон о возможности судебного разбирательства в его отсутствие, после чего выносит решение об отложении судебного разбирательства или о его продолжении. Кроме того, он может также распорядиться о вызове или приводе неявившегося участника.

§ 3. СУДЕБНОЕ СЛЕДСТВИЕ

1. Понятие судебного следствия, вступительные заявления сторон

Судебное следствие — это этап судебного разбирательства, в ходе которого стороны последовательно излагают свою позицию по существу уголовного дела и доказывают ее путем представления доказательств и их проверки при участии суда.

Прежде чем начнется исследование доказательств, стороны излагают свою позицию по делу, что напоминает вступительные прения (заявления) в английском уголовном судопроизводстве (см. об этом § 1 настоящей главы). Государственный обвинитель излагает обвинение, а частный обвинитель по делам частного обвинения — заявление. Закон не требует, чтобы государственный обвинитель оглашал все обвинительное заключение или весь обвинительный акт — речь идет лишь о раскрытии содержания обвинения. Только по делам частного обвинения частный обвинитель излагает заявление о привлечении лица к уголовной ответственности. Государственный обвинитель вправе избрать любую форму изложения обвинения: огласить обвинительное заключение (акт), а также постановление прокурора об изменении обвинения, вынесенное в порядке ч. 2 ст. 226, либо сформулировать обвинение исходя из содержания постановления о назначении судебного заседания (если обвинение было изменено на предварительном слушании). Однако в любом случае изложение должно содержать данные о личности подсудимого, существо и формулировку обвинения.

После этих действий обвинителя председательствующий задает подсудимому и его защитнику четыре раздельных вопроса: а) понятно ли подсудимому обвинение; б) признает ли он себя виновным; в) желает ли подсудимый выразить свое отношение к предъявленному обвинению; г) желает ли его защитник выразить свое отношение к предъявленному обвинению. Если подсудимый заявит, что обвинение ему непонятно, председательствующий должен разъяснить ему, в совершении какого преступления он обвиняется, в чем состоит сущность данного обвинения и какой уголовный закон применен.

Если подсудимый признает себя виновным частично, председательствующему следует уточнить, на какую часть обвинения (эпизоды, обстоятельства либо статьи, части и пункты статей уголовного закона) распространяется признание, а какую часть он отвергает. Подсудимый вправе мотивировать занятую им позицию.

Предложение подсудимому и защитнику выразить свое отношение к предъявленному обвинению означает возможность этих лиц сделать так называемое *вступительное заявление*, содержанием которого является выражение ими своего отношения к предъявленному обвинению, его законности и обоснованности, доказанности или недоказанности. Представляется, что вступительное заявление подсудимого и защитника должно содержать лишь краткую и обобщенную оценку обвинения, они не могут здесь вдаваться в детальные вопросы оценки конкретных доказательств и уголовно-правовой квалификации, т.е. подменять вступительное заявление выступлением, фактически предвосхищающим заключительные судебные прения.

2. Определение порядка исследования доказательств в судебном следствии

Вслед за произнесением сторонами вступительных заявлений они должны приступить к определению порядка исследования своих доказательств (ст. 274 УПК). В состязательном процессе порядок и очередность представления доказательств есть всецело дело сторон. Каждая из сторон обязана огласить, в каком порядке желает исследовать представленные ею доказательства. При этом стороны могут использовать перечень (список) доказательств, изложенный в обвинительном заключении (акте) и постановлении судьи о назначении судебного заседания; указывать на доказательства, истребованные по ее (стороне) ходатайству судом на предварительном слушании, а также на свидетелей и специалистов, которые явились в суд по ее инициативе. Сторона не вправе требовать определенной очередности исследования доказательств, представленных противоположной стороной.

Первой представляет доказательства сторона обвинения, вслед за ней — сторона защиты. Каждая из сторон представляет только те доказательства, которые имеются в ее распоряжении, т.е. доказательства обвинения или доказательства защиты. Представление сторонами доказательств может состоять: в допросе свидетелей, потерпевших, подсудимого, оглашении заключений экспертов, допросе экспертов и специалистов, осмотре вещественных доказательств, проведении по их ходатайствам других судебных следственных действий (осмотр местности и помещений, следственный эксперимент, предъявление для опознания, освидетельствование), оглашении протоколов следственных действий и иных документов. Причем конкретная очередность исследования тех или иных доказательств определяется самой заинтересованной стороной.

На наш взгляд, показания подсудимого, независимо от их характера (признательного или оправдывающего), всегда должна представлять сторона защиты, ибо подсудимый принадлежит именно к стороне защиты. Что касается стороны обвинения, то в суде она способна представить не устные показания подсудимого (это дело другой стороны), а протоколы допросов подозреваемого и обвиняемого, полученные ею на предварительном расследовании. Поэтому по общему правилу допрос подсудимого должен следовать лишь после того, как сторона обвинения закончит представление своих доказательств. Как результат, обвинитель вынужден искать для суда другие доказательства, не рассчитывая лишь на признательные показания подсудимого, что объективно способствует формированию обвинений, подтвержденных достаточной совокупностью доказательств. Впрочем, с разрешения председательствующего подсудимый вправе давать показания в любой момент судебного следствия. Если в уголовном деле участвует несколько подсудимых, то очередность дачи ими показаний определяется судом с учетом мнения сторон. Кроме того, суд по ходатайству какой-либо из сторон вправе изменить общий порядок допроса подсудимого, согласно которому первой его обычно допрашивает сторона защиты, а сторона обвинения — второй, при условии, что в уголовном деле участвует несколько подсудимых. Основанием данной нормы является принцип равенства сторон в состязательном процессе. В самом деле, допрос нескольких подсудимых, начинаемый каждый раз их защитниками, может дать неправомерный перевес стороне защиты, дав подсудимым возможность уже в ходе допроса беспрепятственно согласовать свои показания. Поэтому по ходатайству обвинителя суд может дать ему возможность первым допрашивать всех или

некоторых подсудимых. По этому поводу суд после заслушивания мнения сторон должен принять особое решение.

3. Допрос подсудимого. Понятие перекрестного допроса

Если подсудимый согласен давать показания, первыми его допрашивают защитник и участники судебного разбирательства со стороны защиты (другие подсудимые и их защитники, гражданский ответчик и его представитель). Такой допрос, который проводит сторона, представившая лицо (в данном случае — подсудимого) для дачи показаний, в теории судопроизводства называется *главным*. Затем подсудимого допрашивают государственный обвинитель и участники судебного разбирательства со стороны обвинения (потерпевший и его представитель, гражданский истец и его представитель). Суд задает вопросы подсудимому только после окончания его допроса сторонами. Допрос, следующий за главным и ведущийся противоположной стороной, именуется *перекрестным допросом*¹. Стороны не ограничены ни в количестве задаваемых ими вопросов, ни в продолжительности допроса.

Закон не запрещает также *передопрос* подсудимого сторонами, т.е. такой допрос, который проводит вызывающая сторона после перекрестного допроса лица стороной противоположной. Передопрос обычно проводится стороной в связи с теми вопросами, которые были заданы в ходе перекрестного допроса, и имеет целью сгладить негативные для нее последствия перекрестного допроса лица другой стороной. По правилам перекрестного допроса допрашиваются также свидетели и потерпевшие.

Для того чтобы предотвратить внушающее воздействие показаний одних подсудимых на показания других, по ходатайству сторон или по инициативе суда допускается также допрос подсудимого в отсутствие другого подсудимого, о чем суд принимает особое решение. Однако после возвращения подсудимого в зал судебного заседания председательствующий должен сообщить ему содержание показаний, данных в его отсутствие, и предоставляет ему возможность задавать вопросы подсудимому, допрошенному в его отсутствие.

Роль суда при допросе второстепенна. Во время проведения главного и перекрестного допросов председательствующий отклоняет наводящие вопросы и вопросы, не имеющие отношения к уголовному делу. Наводящим считается вопрос, который ставится таким образом, что внушает желаемый ответ (например: «Вы ведь раньше употребляли наркотики?» или «Вы видели на месте происшествия этого человека?»). Строго говоря, наводящим является всякий вопрос, на который может быть дан ответ «да» или «нет», поскольку вся информация уже «заготовлена» в вопросе допрашивающего лица и ее остается лишь подтвердить или отвергнуть. Суд вправе задавать вопросы допрашиваемому лицу только после окончания его допроса (главного и перекрестного) сторонами. Это предохраняет правосудие от превращения судьи в основное действующее лицо при допросе, в результате чего, как показывает практика, судья нередко становится «вторым прокурором». Вопросы судьи не должны становиться новым главным допросом подсудимого. Они могут быть направлены на уточнение ранее данных показаний и выяснение причин их противоречий. Представляется,

¹ Подробнее об этом см.: Александров А.С., Гришин С.П. Перекрестный допрос. М., 2005. С. 7—14.

что суд вправе выяснять у подсудимого обстоятельства, которые не исследовались сторонами в ходе главного и перекрестного допросов, однако только при соблюдении условий *субсидиарной* судейской активности (см. об этом § 1 гл. 21 учебника).

В судебном следствии допускается оглашение показаний подсудимого, данных им на предварительном расследовании и в предыдущих судебных заседаниях. Речь идет, в сущности, об оглашении протоколов его допросов. Будучи оглашены, они подвергаются исследованию в судебном разбирательстве и, таким образом, могут быть использованы судом при принятии итогового решения по делу. Учитывая, что допрос на досудебных стадиях проводится следователем или дознавателем без непосредственного судебного контроля, в условиях, когда неправомерное воздействие на подозреваемого или обвиняемого может оставаться скрытым, использование этих протоколов для обоснования обвинительного приговора есть определенное отступление от принципа непосредственности судебного процесса. Поэтому законом предусмотрены четыре условия для оглашения в судебном разбирательстве показаний подозреваемого и обвиняемого, данных на предварительном расследовании, а также для воспроизведения приложенных к протоколу допроса материалов фотографирования, аудио-, видеозаписи, киносъемки показаний:

- 1) одна из сторон или обе стороны ходатайствуют об этом;
- 2) имеются существенные противоречия в показаниях подсудимого, данных им в суде и на предварительном расследовании. Существенное противоречие в показаниях — это либо отказ подсудимого в судебном заседании от *ранее данных* показаний, либо наличие в его показаниях в суде и на предварительном расследовании таких расхождений, которые имеют значение для решения вопроса об уголовной ответственности;
- 3) уголовное дело о преступлении небольшой или средней тяжести рассматривается в отсутствие подсудимого, если подсудимый ходатайствует о рассмотрении данного дела в его отсутствие (ч. 4 ст. 247);
- 4) имеет место отказ присутствующего в судебном заседании подсудимого от дачи показаний, но только при условии, что на предварительном расследовании обвиняемый, согласившийся дать показания, был предупрежден, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и при его последующем отказе от этих показаний.

Согласно п. 1 ч. 2 ст. 75 признаются недопустимыми показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства *в отсутствие защитника*, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные им в суде. Другими словами, подсудимый, который в бытность подозреваемым или обвиняемым, давал на предварительном расследовании показания в отсутствие защитника, может отказаться от этих показаний, что делает их юридически ничтожными. Поэтому непосредственно перед тем, как оглашать такие показания, председательствующий должен спросить подсудимого, подтверждает ли он эти показания. В случае если подсудимый ответит, что он эти показания не подтверждает, они не подлежат оглашению.

4. Допрос свидетелей и потерпевших

Свидетели должны допрашиваться в отсутствие недопрошенных свидетелей с тем, чтобы обеспечить объективность их показаний.

В начале допроса председательствующий устанавливает личность свидетеля, выясняет, был ли он ранее знаком с подсудимым и потерпевшим, и если да, то каков харак-

тер их отношений; разъясняет ему права, обязанности и ответственность за отказ от дачи показаний и за дачу заведомо ложных показаний по ст. 307, 308 УК РФ, о чем свидетель дает подписку, которая приобщается к протоколу судебного заседания.

В отношении свидетеля могут быть применены меры безопасности. Если имеются достаточные данные о том, что свидетелю, а также его близким родственникам, родственникам или близким лицам угрожают в связи с данным делом убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением их имущества либо иными опасными противоправными деяниями, допрос свидетеля может производиться *в условиях, исключающих его визуальное наблюдение* другими, помимо суда, участниками судебного разбирательства (ч. 3 ст. 11, ч. 5 ст. 278 УПК). При этом не идет речь о том, что свидетель допрашивается судом без участия сторон. Исключается лишь зрительное наблюдение свидетеля другими участниками судебного разбирательства, но должно сохраняться слуховое восприятие показаний и возможность главного и перекрестного допроса. Например, допрашиваемый свидетель может находиться в другом помещении, вне зала судебного разбирательства, которое оборудовано аппаратурой для конференц-связи¹. В случае принятия мер защиты суд вправе также не оглашать *подлинных* данных о личности свидетеля, в отношении которого предпринимаются вышеуказанные меры защиты. По аналогии с ч. 9 ст. 166 при необходимости обеспечить безопасность свидетеля суд должен вынести определение (постановление), в котором излагает причины сохранения в тайне сведений о личности свидетеля и присваивает ему *псевдоним*, например: «Первый», «Второй» и т.п. В определении (постановлении) должен также быть приведен образец подписи свидетеля, которой он будет пользоваться при даче подписки о разъяснении ему прав, обязанностей и ответственности свидетеля. Однако в целях осуществления защиты подсудимого либо установления каких-либо существенных для рассмотрения уголовного дела обстоятельств (например, при наличии подозрения о неприязненных отношениях свидетеля с подсудимым, потерпевшим) стороны могут заявить ходатайство о раскрытии подлинных сведений о лице, дающем показания. В этом случае суд вправе предоставить сторонам возможность ознакомиться со сведениями о личности свидетеля.

Допрос свидетелей подчиняется правилам перекрестного допроса. Первой задает вопросы свидетелю та сторона, по ходатайству которой он вызван в судебное заседание. Судья задает вопросы свидетелю только после его допроса сторонами. Допрошенные свидетели могут остаться в зале судебного заседания или с разрешения председательствующего покинуть его до окончания судебного следствия. При решении этого вопроса заслушивается мнение сторон.

Допрос потерпевшего производится в том же порядке, что и допрос свидетеля. Однако в изъятие из общих правил о том, что первой представляет доказательства сторона обвинения и что очередность исследования доказательств определяется сто-

¹ Европейский Суд по правам человека не всегда признает допустимым анонимный допрос свидетелей — для этого требуются бесспорные доказательства наличия для них серьезной угрозы. Отсутствие же возможности визуально наблюдать свидетелей обвинения защитником во время их перекрестного допроса признавалось Европейским Судом нарушением принципа равенства сторон и справедливой процедуры судопроизводства, поскольку защита не могла наблюдать за реакцией допрашиваемых на вопросы и таким образом оценивать правдивость их ответов (Дело *Van Mechelen v. The Netherlands*, 23.04.97 г. — см. Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. М., 2000. Т. 2. С. 445).

роной, представившей доказательства, потерпевший с разрешения председательствующего вправе *в любой момент* судебного следствия дать показания.

Потерпевший и свидетель могут пользоваться письменными заметками, которые суд может затребовать для ознакомления. Письменные заметки могут использоваться в тех случаях, когда трудно удержать в памяти цифры, даты, технические подробности и т.п. Они не должны превращаться в заранее подготовленный текст показаний, которые свидетель или потерпевший зачитывает суду. Если суд сочтет, что характер заметок таков, что нарушает принцип устности судебного разбирательства и непосредственности исследования доказательств, он вправе запретить свидетелю или потерпевшему пользоваться ими во время допроса. Кроме того, потерпевший и свидетель вправе зачитывать документы, относящиеся к их показаниям, которые и предъявляются суду и могут быть приобщены им к материалам уголовного дела в качестве доказательств.

Показания потерпевшего и свидетеля, ранее данные ими при производстве предварительного расследования или судебного разбирательства, могут быть оглашены в ходе судебного заседания. То же самое относится и к демонстрации фотографических негативов и снимков, диапозитивов, сделанных в ходе их допросов, воспроизведению аудио-, видеозаписи. Однако такая возможность ограничена рядом важных условий, указанных в ст. 281 УПК. Значение положений, содержащихся в этой статье, выходит далеко за рамки судебного следствия и судебного разбирательства. Во многом благодаря им российский уголовный процесс реально стал обретать черты составительного судопроизводства. Эти нормы являются гарантией права каждого обвиняемого на *очную ставку*, т.е. права допрашивать показывающих против него свидетелей или права на то, чтобы эти свидетели были допрошены в его присутствии (подп. (д) п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод).

Во-первых, оглашение, а значит, и использование в качестве судебных доказательств протоколов допросов свидетелей и потерпевших, полученных на предварительном расследовании, а также сопутствующих им материалов, вместо непосредственного и устного заслушивания показаний этих лиц теперь стало возможным *при неявке потерпевшего или свидетеля*, как правило, только с *согласия обеих сторон*. Иначе говоря, любой из участников судебного разбирательства, выступающий либо со стороны обвинения, либо со стороны защиты, может в большинстве случаев наложить «вето» на оглашение протоколов допросов не явившегося в судебное заседание свидетеля или потерпевшего, которые вследствие этого фактически становятся недопустимыми доказательствами.

Однако закон (ч. 2, 3 ст. 281 УПК) предусматривает и ряд исключений из этого правила. Так, при неявке в судебное заседание потерпевшего или свидетеля суд вправе по ходатайству даже одной из сторон либо по собственной инициативе (без получения согласия одновременно обеих сторон) принять решение об оглашении ранее данных ими показаний в случаях:

- смерти потерпевшего или свидетеля;
- тяжелой болезни, препятствующей явке в суд;
- отказа потерпевшего или свидетеля, являющегося иностранным гражданином, явиться по вызову суда;
- стихийного бедствия или иных чрезвычайных обстоятельств, препятствующих явке в суд.

Кроме того, по ходатайству стороны суд может огласить показания явившегося потерпевшего или свидетеля, ранее данные ими при производстве предварительного расследования либо в судебном заседании, при наличии существенных противоречий между ранее данными показаниями и показаниями, данными в суде. При этом заявленный в суде отказ потерпевшего или свидетеля, обладающих свидетельским иммунитетом от дачи показаний (против самого себя или своих близких родственников), не препятствует оглашению их показаний, данных в ходе предварительного расследования, при условии, если они ранее согласились дать показания по обстоятельствам, защищаемым этим иммунитетом, будучи предупреждены о том, что их показания могут использоваться в качестве доказательств в ходе дальнейшего производства по уголовному делу.

Не допускаются демонстрация фотографических негативов и снимков, диапозитивов, сделанных в ходе допроса, а также воспроизведение аудио- или видеозаписи, киносъемки допроса без предварительного оглашения показаний, содержащихся в соответствующем протоколе допроса или протоколе судебного заседания.

5. Допрос эксперта и специалиста и производство судебной экспертизы

Помимо допроса потерпевших и свидетелей в судебном заседании возможен допрос экспертов и специалистов. Согласно буквальному содержанию ч. 1 ст. 282 УПК суд по ходатайству сторон или по собственной инициативе вправе вызвать для допроса эксперта, давшего заключение в ходе предварительного расследования, для разъяснения или *дополнения* данного им заключения (ч. 1 ст. 282).

Между тем правомерность допроса эксперта, давшего заключение на предварительном расследовании не только для разъяснения, но и для *дополнения* ранее данного им заключения, вызывает сомнения. Дополнение экспертного заключения не может являться содержанием показаний, а должно быть предметом дополнительной экспертизы (ч. 1 ст. 207), поскольку требует проведения экспертных исследований. Такой вывод подтверждается и содержанием ч. 2 ст. 80, согласно которой показания эксперта — это сведения, сообщенные им на допросе, проведенном после получения его заключения, в целях разъяснения или *уточнения* данного заключения. Как легко можно заметить, в данной норме общего характера, посвященной показаниям эксперта, речь идет не о дополнении, а лишь об уточнении ранее данного заключения. В отличие от дополнения уточнение заключения, как правило, не требует проведения дополнительных исследований, а имеет целью конкретизировать выводы эксперта на основе уже проведенных исследований. Поэтому, на наш взгляд, наряду с разъяснением лишь уточнение заключения может быть предметом допроса эксперта.

После оглашения заключения эксперта стороны могут задать ему вопросы. Первой вопросы задает сторона, по инициативе которой была назначена экспертиза. Суд вправе предоставить эксперту время, необходимое для подготовки ответов на вопросы суда и сторон.

Помимо допроса эксперта закон предусматривает и допрос специалиста, который может привлекаться в судебное разбирательство по инициативе сторон для *разъяснения* сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию.

Кроме допроса эксперта, давшего заключение в ходе предварительного расследования, суд по ходатайству сторон или по собственной инициативе может назначить в судебном разбирательстве *судебную экспертизу*. В этом случае стороны вправе представить эксперту вопросы, сформулированные ими в письменной форме.

Если в уголовном деле имеется несколько заключений экспертов, выводы которых противоречат друг другу, суд должен устранить указанное противоречие. При этом приоритет отдается более экономному способу — допросу экспертов, которые разъясняют или уточняют свои заключения. Если же таким путем противоречия преодолеть невозможно, то согласно ч. 4 ст. 283 должна быть назначена *повторная* либо *дополнительная* экспертиза.

6. Осмотр вещественных доказательств, осмотр местности и помещения и другие следственные действия в судебном заседании

Осмотр вещественных доказательств производится по ходатайству сторон. Суд должен рассмотреть ходатайство стороны и удовлетворить его либо вынести определение или постановление об отказе в удовлетворении ходатайства. Представляется, что суд не вправе отказать стороне в удовлетворении ходатайства об осмотре вещественных доказательств, если они имеют отношение к данному делу. Вместе с тем по смыслу ч. 1 ст. 86 УПК суд вправе *собирать* доказательства, поэтому, если вещественное доказательство имеет существенное значение для дела (например, при обвинении в незаконном хранении или сбыте наркотического вещества), а стороны не заявляют ходатайства о его осмотре, суд может сделать это по собственной инициативе. В этом случае суд осматривает эти предметы, после чего решает вопрос о признании (или непризнании) их вещественными доказательствами. Осмотр вещественных доказательств может проводиться судом и по месту их нахождения.

Осмотр местности и помещения производится судом на основании определения или постановления с соблюдением большинства правил следственного осмотра. В судебном осмотре, однако, не участвуют понятые, но зато присутствуют стороны, а также могут присутствовать другие участники данного судебного разбирательства (свидетели, эксперты и специалисты). Таким образом, осмотр местности или помещения является выездным продолжением судебного заседания. Ход и результаты судебного осмотра фиксируются в протоколе судебного заседания. Особенностью судебного осмотра является то, что он сочетает черты собственно осмотра и допроса подсудимого, потерпевшего, свидетелей, эксперта и специалиста, которым могут быть заданы вопросы в связи с осмотром.

Помимо осмотра в судебном заседании могут быть проведены также и некоторые другие следственные действия, а именно следственный эксперимент, предъявление для опознания, освидетельствование (ст. 288—290). При этом применяются правила, регулирующие данные следственные действия в ходе предварительного расследования. Определенные особенности существуют для проведения в судебном заседании опознания. Так, если в ходе предварительного расследования лицо или предмет уже предъявлялись для опознания свидетелю, потерпевшему, подозреваемому или обвиняемому, то в судебном разбирательстве повторное предъявление для опознания этого объекта тем же самым лицам исключается.

7. Оглашение и исследование протоколов следственных действий и иных документов

Протоколы следственных действий, заключение эксперта, данное в ходе предварительного расследования, а также иные документы, приобщенные к уголовному делу или представленные в судебном заседании (за исключением протоколов допросов подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетелей, для которых, как было сказано выше, предусмотрен другой режим оглашения), оглашаются только по особому решению (постановлению или определению) суда, если в них изложены или удостоверены обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела (ст. 285). Инициатива в оглашении протоколов следственных действий, заключения эксперта и иных документов может исходить как от сторон, так и от суда. Из данной нормы вытекают два важных следствия.

1. Письменные доказательства, полученные на досудебном производстве, должны использоваться судом лишь *факультативно* (могут оглашаться либо не оглашаться в судебном заседании). По возможности, суд обязан *непосредственно* исследовать обстоятельства дела в условиях устности и гласности посредством судебных следственных действий, и только когда это невозможно, оглашать и использовать в доказывании материалы предварительного расследования.

2. Если суд не огласил протоколы следственных действий, заключение эксперта, данное в ходе предварительного расследования, и иные документы, приобщенные к уголовному делу, он теряет право использовать их при обосновании приговора, поскольку приговор суда может быть основан лишь на тех доказательствах, которые были исследованы в судебном заседании (ч. 3 ст. 240).

Документы, вновь представленные в судебное заседание сторонами или истребованные судом, могут быть на основании определения или постановления суда исследованы и приобщены к материалам уголовного дела (ст. 286). Исследование документов состоит в их оглашении в судебном заседании, представлении для ознакомления сторонам, которые могут задать вопросы участнику, представившему документ; заявить ходатайство о вызове и допросе лица, являющегося источником этого документа; высказать свое мнение об относимости и допустимости данного документа и возможности приобщения его к материалам дела, о необходимости назначения экспертизы документа и т.д. Только после подобного исследования названные документы могут быть положены в основу приговора.

8. Окончание судебного следствия

После проведения судебных следственных действий оглашения и исследования представленных документов председательствующий опрашивает стороны, желают ли они чем-либо дополнить судебное следствие. В случае заявления ходатайств о дополнении судебного следствия суд заслушивает мнение сторон и удовлетворяет или отказывает в его удовлетворении. В случае удовлетворения ходатайств о дополнении судебного следствия оно возобновляется. Под дополнением судебного следствия понимается проведение дополнительных судебных следственных действий по собиранию и проверке доказательств, а также приобщение судом к делу по ходатайству сторон новых предметов и документов в качестве доказа-

тельств. После выполнения судебных действий, связанных с удовлетворением ходатайств, председательствующий объявляет судебное следствие оконченным (ст. 291).

§ 4. ПРЕНИЯ СТОРОН И ПОСЛЕДНЕЕ СЛОВО ПОДСУДИМОГО

1. Содержание и порядок прений сторон

Судебные прения представляют собой этап судебного разбирательства, на котором участвующие в деле стороны в устных выступлениях высказывают свою позицию по делу, основанную на результатах судебного следствия. Прения сторон состоят из речей обвинителя и защитника. Подсудимый вправе участвовать в судебных прениях при условии, что он отказался от участия в деле защитника. Если защитник отсутствует по другим причинам (не явился в судебное заседание, внезапно заболел и т.п.), суд должен принять меры по обеспечению подсудимого другим защитником, при необходимости объявив перерыв в судебном заседании или отложив судебное разбирательство. Кроме того, по ходатайству подсудимого суд может предоставить ему возможность выступить в судебных прениях и при участии в деле защитника (ч. 2 ст. 292 УПК).

Потерпевший имеет право выступать в судебных прениях со стороны обвинения (п. 15 ч. 2 ст. 42). Гражданский истец, гражданский ответчик, их представители вправе ходатайствовать об участии в прениях сторон. Следует, однако, иметь в виду, что гражданский истец, гражданский ответчик, а также их представители в силу прямого указания закона (п. 15 ч. 4 ст. 44, п. 11 ч. 2 ст. 54) также *имеют право* выступать в судебных прениях. Поэтому суд не может отказать им в заявленном ходатайстве.

Последовательность выступлений участников прений сторон устанавливается судом, однако усмотрение суда в этом вопросе ограничено положением, согласно которому первым во всех случаях выступает обвинитель, а последними — подсудимый и его защитник; гражданский ответчик и его представитель выступают в прениях сторон после гражданского истца и его представителя (ч. 3 ст. 292). Дискреционные полномочия суда по установлению последовательности выступлений в прениях практически касаются лишь тех случаев, когда в деле участвуют несколько обвинителей, защитников, подсудимых и т.д. Тогда последовательность выступления нескольких представителей одной стороны устанавливает суд. В УПК РФ не предусмотрено, что суд устанавливает последовательность выступлений нескольких обвинителей, защитников и других одноименных участников судебного разбирательства, имеющих право на выступление в прениях, *по их предложению*. Тем не менее, учитывая, что суд в состязательном процессе призван создавать сторонам необходимые условия для осуществления предоставленных им прав (ч. 3 ст. 15), суду следует прислушиваться к мнению сторон и учитывать его при принятии решения по этому вопросу.

Предметом выступлений сторон в судебных прениях могут являться:

- рассмотрение доказательств, исследованных в судебном следствии, и их оценка;
- юридическая оценка допущенных при производстве по делу процессуальных нарушений и их возможных последствий;
- характеристика обстоятельств, исследованных в судебном разбирательстве;

- юридическая оценка обстоятельств дела (квалификация преступления, вывод о невиновности подсудимого);
- характеристика личности подсудимого;
- соображения по поводу назначения наказания либо возможности освобождения подсудимого от уголовной ответственности и наказания;
- соображения по вопросам, связанным с гражданским иском;
- освещение общественного значения данного дела.

Не все участники судопроизводства, выступающие в прениях, должны давать в своих речах ответы на все указанные вопросы; это является безусловной обязанностью лишь государственного обвинителя и защитника. Подсудимый и потерпевший могут вообще не принимать участия в прениях сторон, а в случае такого участия — ограничиться любой частью названных вопросов; гражданский истец, гражданский ответчик и их представители обычно касаются в своих речах лишь вопросов, имеющих отношение к гражданскому иску; частный обвинитель вправе, но не обязан в судебных прениях излагать суду свое мнение по существу обвинения, о применении уголовного закона и назначении подсудимому наказания (ч. 5 ст. 321).

Содержание выступлений участников прений сторон ограничено определенными пределами. Они не вправе ссылаться в подтверждение своей позиции: а) на доказательства, которые не были исследованы в судебном следствии; б) на доказательства, признанные недопустимыми судом; в) на доказательства и обстоятельства, не имеющие отношения к рассматриваемому делу. В названных случаях председательствующий должен останавливать участника судебных прений, обращая его внимание на недопустимость подобных действий. Представляется, что председательствующий обязан также останавливать участников прений при использовании ими оскорбительных или неприличных выражений, угроз в адрес участников судопроизводства; высказываний, которые можно квалифицировать как преступление (например, возбуждение национальной, расовой или религиозной вражды). Суд не вправе ограничивать продолжительность прений сторон.

После произнесения основных речей всеми участниками прений сторон каждый из них может выступить с *репликой*. Реплика — это замечание или возражение на высказывания другого участника судебного разбирательства, ранее выступавшего в прениях. Поэтому содержание реплик может заключаться, например, в восстановлении истинного смысла слов, искаженных в выступлениях других участников прений; в указании на допущенные ими неточности и ошибочную интерпретацию результатов судебного следствия или смысла правовых норм. В репликах участники прений сторон вправе коснуться также недопустимых или неисследованных судом доказательств, но только в форме возражения против использования их другой стороной в своем выступлении в прениях. Обычно последовательность реплик та же, что и последовательность выступлений участников судебного разбирательства в прениях. Право последней реплики всегда принадлежит подсудимому либо его защитнику, когда он участвует в деле.

После окончания прений сторон — до удаления суда в совещательную комнату — обвинитель, защитник, подсудимый, потерпевший и его представитель, гражданский истец, гражданский ответчик, их представители вправе представить суду в письменном виде предлагаемые ими формулировки решений по следующим вопросам: а) доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсуди-

мый; б) доказано ли, что деяние совершил подсудимый; в) является ли это деяние преступлением и какими пунктом, частью, статьей УК РФ оно предусмотрено; г) виновен ли подсудимый в совершении этого преступления; д) подлежит ли подсудимый наказанию за совершенное им преступление; е) имеются ли обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание (п. 1—6 ч. 1 ст. 299). Формулировки решений, которые вправе предлагать участники судебных прений, текстуально не обязательно совпадают с формулировками тех решений, которые должны содержаться в резолютивной части приговора (ст. 306, 308) и могут иметь произвольную форму.

2. Последнее слово подсудимого

После окончания прений сторон председательствующий предоставляет подсудимому *последнее слово*. Продолжительность последнего слова подсудимого не ограничена, никакие вопросы к подсудимому во время его последнего слова не допускаются. Однако председательствующий может останавливать подсудимого, если обстоятельства, которых он касается в своем последнем слове, не имеют отношения к рассматриваемому уголовному делу. Представляется, что председательствующий в силу своей роли в судебном разбирательстве (ст. 243) вправе также останавливать подсудимого в случаях, если тот употребляет неприличные выражения либо высказывает угрозы в адрес других участников судопроизводства и т.п. Следует иметь в виду, что в соответствии с ч. 3 ст. 258 подсудимый не может быть удален из зала судебного заседания без предоставления ему права на последнее слово.

3. Возобновление судебного следствия

Участники прений сторон или подсудимый в своем последнем слове могут сообщить суду о новых обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, или о необходимости предъявить новые доказательства. В этих случаях суд вправе возобновить судебное следствие. Возобновление судебного следствия — право, а не обязанность суда. Вместе с тем представляется, что суд всегда обязан возобновить судебное следствие, если в ходе прений сторон или последнего слова будет сделано опирающееся на новые доказательства заявление о наличии психического или физического состояния подсудимого, которое порождает сомнение в его вменяемости или способности самостоятельно защищать свои права и законные интересы, или иные, ранее не исследованные судом обстоятельства, требующие в силу прямого указания закона обязательного проведения судебной экспертизы (ст. 196). После окончания возобновленного судебного следствия вновь проводятся прения сторон, а подсудимому предоставляется последнее слово.

4. Удаление суда в совещательную комнату для постановления приговора

Выслушав последнее слово подсудимого, суд удаляется в совещательную комнату для постановления приговора, о чем председательствующий объявляет присутствующим в зале судебного заседания. При этом перед удалением суда в совещательную комнату председательствующий должен указать участникам судебного разбирательства время оглашения приговора (ст. 295).

§ 1. ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ ПРИГОВОРА

1. Понятие и значение приговора

Приговор — это процессуальный акт уголовного суда первой или апелляционной инстанции, которым по итогам рассмотрения дела в судебном заседании разрешается вопрос о виновности или невиновности подсудимого в совершении преступления и о назначении ему наказания либо об освобождении от наказания.

Среди всех других актов, которые принимаются в уголовном судопроизводстве, это решение занимает особое место. Для этого есть несколько причин:

— приговор является актом окончательного производства в том смысле, что в нем подводится итог исследованию всех доказательств и обстоятельств уголовного дела на предварительном расследовании и в судебном следствии, а также в прениях сторон. При этом важно подчеркнуть, что приговор основывается лишь на доказательствах, которые прошли взыскательную проверку в условиях состязания сторон, непосредственности, устности и гласности, при максимальном соблюдении всех гарантий правосудия. Поэтому именно приговор есть главный акт правосудия. И хотя после вынесения приговора возможен его пересмотр в кассационной, надзорной инстанциях и ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, это не лишает приговор значения основного правосудного акта, ибо предметом деятельности названных инстанций является лишь *проверка* его законности и обоснованности, но не постановление нового приговора;

— лишь приговором суда обвиняемый в установленном законом порядке может быть признан виновным в совершении преступления и только приговором суда ему может быть назначено уголовное наказание (ч. 2 ст. 8 УПК). На предварительном расследовании и при пересмотре приговора в вышестоящем суде возможно признание обвиняемого *невиновным* при прекращении уголовного дела по реабилитирующим основаниям, однако признать его *виновным* со всеми вытекающими отсюда юридическими последствиями (судимость и т.д.) можно только приговором суда;

— только приговор выносится от имени Российской Федерации, будучи одним из проявлений суверенитета Российского государства;

— вступивший в законную силу приговор общеобязателен, т.е. обязателен для всех органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, физических и юридических лиц и подлежит неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации (ст. 392);

— вступивший в законную силу приговор исключает уголовное преследование лица по тому же обвинению (п. 4 ч. 1 ст. 27 УПК).

2. Необходимые свойства приговора

Приговор суда должен быть законным, обоснованным и справедливым (ст. 297 УПК).

Законность приговора — это его соответствие требованиям права. Приговор считается законным, если:

— в ходе производства по делу не было допущено процессуальных нарушений, которые бы необратимо нарушили должную правовую процедуру предварительного расследования и судебного рассмотрения данного дела;

— были соблюдены условия, предъявляемые законом к порядку постановления и содержанию приговора;

— правильно были применены все необходимые нормы материального уголовного и гражданского (в части разрешения гражданского иска) права.

Обоснованность приговора — это соответствие выводов суда фактам, которые имели место в действительности и которые базируются на доказательствах, исследованных в судебном заседании. Обоснованный приговор может быть основан лишь на тех доказательствах, которые в соответствии со ст. 240 были непосредственно исследованы в судебном заседании. С учетом указанного требования закона суд не вправе ссылаться в подтверждение своих выводов на собранные по делу доказательства, если они не были оглашены и исследованы судом в судебном заседании или не нашли отражения в протоколе судебного заседания. Ссылка в приговоре на показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, данные при производстве предварительного расследования или в ином судебном заседании, допустима только при оглашении судом протоколов этих показаний в случаях и при условиях, предусмотренных ст. 276, 281.

В приговоре должны получить оценку все рассмотренные в судебном заседании доказательства, как подтверждающие выводы суда по вопросам, разрешаемым при постановлении приговора, так и противоречащие этим выводам. Суд в соответствии с п. 3 ст. 380 должен указать в приговоре, почему при наличии противоречивых доказательств, имеющих существенное значение для выводов суда, одни доказательства признаны им достоверными, а другие отвергнуты. По делу в отношении нескольких подсудимых или по делу, по которому подсудимый обвиняется в совершении нескольких преступлений, приговор должен содержать анализ доказательств в отношении каждого подсудимого и по каждому обвинению.

В соответствии с положениями ч. 2 ст. 50 Конституции РФ и ч. 1 ст. 75 УПК при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона. В случае признания в судебном разбирательстве доказательства, полученного с нарушением закона, суд должен мотивировать в приговоре свое решение об исключении его из совокупности доказательств по делу, указав, в чем выразилось нарушение закона.

Содержащиеся в приговоре выводы суда о фактах должны логически вытекать из совокупности исследованных судом доказательств. Они должны быть однозначными, т.е. единственно возможными, исключаящими любой другой вывод.

Справедливость приговора по смыслу ч. 1 ст. 383, прежде всего, определяется назначением наказания, соразмерного тяжести преступления и личности осужденного, т.е. такого, которое по своему виду или размеру не является ни чрезмерно мягким, ни чрезмерно суровым.

Поскольку обоснованность есть требование наличия достаточных данных или фактических обстоятельств, указывающих на необходимость принятия соответствующих решений и действий, *мотивированное* решение — лишь то, в котором приводятся эти обстоятельства, а также подкрепляющие их доказательства. Не может считаться не только обоснованным, но и мотивированным приговор, если в нем не указано: почему одни из имеющихся в деле доказательства были приняты судом за основу приговора, а другие отвергнуты; если он не учел те или иные обстоятельства дела, которые могли существенно повлиять на его выводы либо если выводы суда, изложенные в приговоре, содержат существенные противоречия. В приговоре должны быть

приведены *мотивы* решения всех вопросов, относящихся к назначению уголовного наказания, освобождению от него или его отбывания, применению иных мер воздействия (п. 4 ст. 307).

Требования законности, обоснованности, справедливости и мотивированности приговора тесно взаимосвязаны. Так, не может считаться законным приговор, который не соответствует нормативному требованию обоснованности (ч. 1 ст. 297), и наоборот, не может считаться обоснованным приговор, базирующийся на недопустимых доказательствах, полученных с нарушением закона. Без мотивированности приговора трудно судить о его законности, обоснованности и справедливости. Сочетание требований законности, обоснованности, справедливости и мотивированности приговора составляют его *правосудность*.

§ 2. ВИДЫ ПРИГОВОРОВ

1. Обвинительный приговор

Приговор может быть только *обвинительным* или *оправдательным*. Обвинительный приговор постановляется лишь при условии, что в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления полностью доказана, т.е. подтверждена совокупностью исследованных судом доказательств. Обвинительный приговор не может быть основан на предположениях (ч. 4 ст. 302). В связи с этим обвинительный приговор должен быть постановлен лишь при условии всестороннего, полного и объективного исследования доказательств, когда по делу исследованы все возникшие версии, а имеющиеся противоречия выяснены и оценены. Признание подсудимым своей вины, если оно не подтверждено совокупностью других собранных по делу и исследованных в судебном заседании доказательств, не может служить основанием для постановления обвинительного приговора.

Вместе с тем в ряде случаев в основание обвинительного приговора могут быть положены и обстоятельства, установленные с вероятностью, однако при одном непременном условии — вывод об этих обстоятельствах должен быть результатом *толкования неустрашимых сомнений в пользу обвиняемого* (например, вывод о тайном способе хищения при доказанности самого факта хищения и недоказанности его открытого характера).

В зависимости от того, как решается вопрос о наказании виновного, обвинительный приговор может иметь три разновидности: а) с назначением наказания, подлежащего отбыванию осужденным; б) с назначением наказания и освобождением от его отбывания; в) без назначения наказания.

Обвинительный приговор *с назначением наказания, подлежащего отбыванию осужденным*, постановляется, когда суд приходит к выводу, что подсудимый должен понести наказание за совершенное им преступление.

Обвинительный приговор *с назначением наказания и освобождением от его отбывания* может быть постановлен, если к моменту вынесения приговора:

— издан акт об амнистии, освобождающий подсудимых от *применения* наказания, назначаемого им приговором суда (например, осуждаемых за неосторожные преступления к лишению свободы на срок до 5 лет) — п. 3 ч. 1 ст. 27, п. 1 ч. 6 ст. 302;

— время нахождения подсудимого под стражей по данному уголовному делу с применением правил зачета наказания (ст. 72 УК РФ) поглощает наказание, назначенное подсудимому судом (п. 2 ч. 6 ст. 302 УПК).

Обвинительный приговор *без назначения наказания* (или, что то же самое, *с освобождением осужденного от наказания*) выносится:

— ввиду истечения сроков давности (п. 3 ч. 1 ст. 24, ч. 8 ст. 302 УПК);

— вследствие акта амнистии (п. 3 ч. 1 ст. 27, ч. 8 ст. 302 УПК), если им предписано освобождение от наказания лиц соответствующей категории, которая не определяется видом или размером назначаемого подсудимому конкретного наказания (например, женщин, несовершеннолетних и т.д.);

— при освобождении судом несовершеннолетнего подсудимого от наказания с применением принудительных мер воспитательного воздействия или направлением в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа органа управления образованием (ч. 1, 2 ст. 432 УПК);

— в случае признания судом, что деяние лица, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, потеряло общественную опасность или такое лицо перестало быть общественно опасным (ст. 80¹ УК РФ).

2. **Оправдательный приговор**

Оправдательный приговор постановляется, если: а) не установлено событие преступления; б) подсудимый не причастен к совершению преступления; в) в деянии подсудимого отсутствует состав преступления. Основания оправдательного приговора имеются не только, когда доказано с полной несомненностью, что отсутствовало событие преступления; или подсудимый не был причастен к его совершению; или в его деянии нет обстоятельств, содержащих признаки состава преступления, но и тогда, когда указанные обстоятельства выяснены лишь с вероятностью. Недоказанная виновность приравнивается к доказанной невинности в силу принципа презумпции невинности. При оправдании подсудимого по любому из названных оснований он является полностью реабилитированным.

Когда по одним преступлениям, в которых обвинялся подсудимый, он признан виновным и осужден, а по другим — невинным и оправдан, выносится один приговор, который в целом считается обвинительным. Если судебное разбирательство проводится в отношении нескольких подсудимых, одни из которых осуждены, а другие оправданы, приговор в отношении первых считается обвинительным, а в отношении вторых — оправдательным.

§ 3. **ПОРЯДОК ПОСТАНОВЛЕНИЯ ПРИГОВОРА**

1. **Вопросы, разрешаемые судом при постановлении приговора**

При постановлении приговора суд в совещательной комнате обсуждает и разрешает следующие вопросы (ст. 299 УПК).

1. *Доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый.* Под деянием в смысле указанной статьи подразумевается событие, по пово-

ду которого ведется уголовное преследование подсудимого. Если доказано, что этого события не было либо не доказано, что оно имело место, суд выносит оправдательный приговор по п. 1 ч. 1 ст. 302.

2. *Доказано ли, что деяние совершил подсудимый.* Устанавливается самоличность совершения деяния подсудимым. Если доказано, что деяние совершено другим лицом, либо не доказано, что его совершил подсудимый, суд постановляет оправдательный приговор ввиду его непричастности к совершению преступления по п. 2 ч. 1 ст. 302.

3. *Является ли это деяние преступлением и какими пунктом, частью, статьей УК РФ оно предусмотрено.* Отвечая на данные вопросы, суд определяет, запрещено ли данное деяние уголовным законом, содержит ли оно состав преступления, за исключением такого признака субъективной стороны состава преступления, как вина, поскольку ей посвящен следующий вопрос. При решении вопроса, является ли это деяние преступлением, суд должен обсудить, не имеется ли признаков необходимой обороны, причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление, крайней необходимости и других обстоятельств, исключающих преступность деяния (ст. 37—42 УК РФ). При отрицательном ответе на вопросы данного пункта выносится оправдательный приговор ввиду отсутствия в деянии состава преступления по п. 3 ч. 1 ст. 302.

4. *Виновен ли подсудимый в совершении этого преступления.* Суд решает, доказано ли, что подсудимый, совершая преступление, действовал виновно, т.е. умышленно или неосторожно. Если доказано, что он действовал невиновно, или не доказана его вина, подсудимый подлежит оправданию ввиду отсутствия состава преступления по п. 3 ч. 1 ст. 302.

5. *Подлежит ли подсудимый наказанию за совершенное им преступление.* В том случае, когда суд решает, что подсудимый должен понести наказание за совершенное им преступление, он выносит обвинительный приговор с назначением наказания, подлежащего отбыванию осужденным. Если санкция уголовного закона, в соответствии с которым подсудимый признается виновным, предусматривает помимо лишения свободы и другие, более мягкие виды наказания, суд при постановлении приговора обязан обсудить вопрос о назначении наказания, не связанного с лишением свободы. Суд должен также каждый раз обсуждать вопрос о возможности исправления без отбывания наказания лица, осуждаемого к таким видам наказания, как исправительные работы, ограничение по военной службе, ограничение свободы, содержание в дисциплинарной воинской части или лишение свободы (ст. 73 УК РФ).

В соответствии с уголовным законом (ч. 3 ст. 60 УК РФ) суд при назначении наказания обязан учитывать характер и степень общественной опасности совершенного преступления, личность виновного и обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи. Исходя из этого в приговоре необходимо указывать, какие именно обстоятельства, влияющие на степень и характер ответственности подсудимого, а также иные обстоятельства, характеризующие его личность, доказаны при разбирательстве уголовного дела в соответствии с требованиями ст. 73 УПК и учтены судом при назначении наказания.

В совещательной комнате судьями обсуждаются также вопросы о наличии обстоятельств, при которых лицо освобождается от наказания или от уголовной ответ-

ственности — в связи с добровольным отказом от преступления (ст. 31 УК РФ), с деятельным раскаянием (ст. 75 УК РФ), с примирением с потерпевшим (ст. 76 УК РФ), с изменением обстановки (ст. 80¹ УК РФ), с истечением сроков давности (ст. 78 УК РФ), в связи с актом амнистии (ст. 84 УК РФ).

6. *Имеются ли обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание.* Следует иметь в виду, что, согласно ст. 61 УК РФ, не ограничен перечень обстоятельств, смягчающих наказание. Поэтому при назначении наказания могут учитываться в качестве смягчающих и другие обстоятельства, не предусмотренные этой статьей. Признание такого обстоятельства смягчающим наказание должно быть мотивировано в приговоре.

Содержащийся в ст. 63 УК РФ перечень отягчающих обстоятельств является исчерпывающим, и суд не вправе при мотивировке наказания ссылаться на обстоятельства, которые не указаны в законе.

7. *Какое наказание должно быть назначено подсудимому.* Лицу, признанному виновным в совершении преступления, должно быть назначено справедливое наказание в пределах, предусмотренных УК РФ. При назначении наказания суд учитывает характер и степень общественной опасности преступления и личность виновного, в том числе обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи (ст. 60 УК РФ).

8. *Имеются ли основания для постановления приговора без назначения наказания или освобождения от наказания* (см. об этом § 2 настоящей главы).

9. *Какой вид исправительного учреждения и режим должны быть определены подсудимому при назначении ему наказания в виде лишения свободы.* Лишение свободы заключается в изоляции осужденного от общества путем направления его в колонию-поселение, помещения в воспитательную колонию, лечебное исправительное учреждение, исправительную колонию общего, строгого или особого режима либо в тюрьму. При определении конкретного вида исправительного учреждения, в которое должен быть направлен осужденный, суд руководствуется положениями ст. 58 УК РФ.

10. *Подлежит ли удовлетворению гражданский иск, в чью пользу и в каком размере.* Суд должен обсудить следующие вопросы, касающиеся гражданского иска: а) действительно ли причинен вред лицу, признанному гражданским истцом; б) причинен ли он именно данным преступлением; в) является ли причиненный вред имущественным или моральным; г) каков размер причиненного вреда; д) в каких пределах и каким способом он должен быть возмещен; е) кто должен возместить вред и в каком порядке.

Суд не вправе оставить гражданский иск без рассмотрения при вынесении обвинительного приговора. Согласно ч. 2 ст. 309 при необходимости произвести дополнительные расчеты, связанные с гражданским иском, требующие отложения судебного разбирательства, суд может признать за гражданским истцом право на удовлетворение гражданского иска и передать вопрос о размере возмещения гражданского иска для рассмотрения в порядке гражданского судопроизводства. Однако суд вправе принять подобное решение, если только это не влияет на решение суда о квалификации преступления, мере наказания и по другим вопросам.

При постановлении *оправдательного* приговора ввиду отсутствия события преступления или непричастности подсудимого к совершению преступления суд отказывает в удовлетворении гражданского иска. Вынося оправдательный приговор ввиду отсутствия в деянии состава преступления, он оставляет гражданский иск без рассмотрения.

11. *Как поступить с имуществом, на которое наложен арест для обеспечения гражданского иска или возможной конфискации имущества, полученного в результате преступных действий или нажитого преступным путем.* Прежде всего, суд должен прийти к выводу о том, что имущество, на которое наложен арест, принадлежит именно подсудимому или лицам, несущим материальную ответственность за его действия по закону.

12. *Как поступить с вещественными доказательствами.* При вынесении приговора должен быть решен вопрос о вещественных доказательствах. При этом согласно ч. 3 ст. 81 суд может принять в отношении вещественных доказательств следующие решения:

- орудия преступления, принадлежащие обвиняемому, подлежат конфискации, или передаются в соответствующие учреждения, или уничтожаются;

- предметы, запрещенные к обращению, подлежат передаче в соответствующие учреждения или уничтожаются;

- предметы, не представляющие ценности и не истребованные стороной, подлежат уничтожению, а в случае ходатайства заинтересованных лиц или учреждений могут быть переданы им;

- имущество, деньги и иные ценности, полученные в результате преступных действий либо нажитые преступным путем, по приговору суда подлежат возвращению законному владельцу либо обращению в доход государства в порядке, установленном Правительством Российской Федерации;

- документы, являющиеся вещественными доказательствами, остаются при уголовном деле в течение всего срока его хранения либо передаются заинтересованным лицам по их ходатайству;

- остальные предметы передаются законным владельцам, а при неустановлении последних переходят в собственность государства;

- предметы, изъятые в ходе досудебного производства, но не признанные вещественными доказательствами, подлежат возврату лицам, у которых они были изъяты.

13. *На кого и в каком размере должны быть возложены процессуальные издержки¹.*

14. *Должен ли суд в случаях, предусмотренных ст. 48 УК РФ, лишить подсудимого специального, воинского или почетного звания, классного чина, а также государственных наград.* Лишение виновного его специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград в качестве дополнительного наказания может применяться только при осуждении за совершение тяжкого или особо тяжкого преступления. При этом суд должен обсудить данный вопрос с учетом данных о личности виновного (ст. 48 УК РФ). После вступления приговора в законную силу его копия направляется должностному лицу, присвоившему осужденному звание, классный чин или наградившему его государственной наградой. Должност-

¹ О возмещении по приговору суда процессуальных издержек см. § 2 гл. 10 учебника.

ное лицо вносит в соответствующие документы запись о лишении осужденного специального, воинского или почетного звания, классного чина или государственных наград, а также принимает меры по лишению его прав и льгот, предусмотренных для лиц, имеющих соответствующие звание, чины или награды (ст. 61 УИК РФ).

15. *Могут ли быть применены принудительные меры воспитательного воздействия в случаях, предусмотренных ст. 90 и 91 УК РФ.*

16. *Могут ли быть применены принудительные меры медицинского характера в случаях, предусмотренных ст. 99 УК РФ.* Суд обсуждает вопрос о вменяемости подсудимого, если данный вопрос возникал в ходе предварительного расследования или судебного разбирательства (ст. 300 УПК). При названных выше условиях суд должен обсудить не только вопрос о вменяемости, но и так называемой *ограниченной вменяемости*, когда вменяемое лицо во время совершения преступления в силу психического расстройства не могло в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими (ст. 22 УК РФ).

Если лицо не представляет опасности по своему психическому состоянию либо им совершено деяние небольшой тяжести, то суд выносит постановление о прекращении уголовного дела и об отказе в применении принудительных мер медицинского характера (ч. 2 ст. 443 УПК).

17. *Следует ли отменить или изменить меру пресечения в отношении подсудимого.*

Мера пресечения отменяется в случаях: отпадения оснований для ее применения (ст. 97 УПК); признания судом необходимости прекращения уголовного дела либо постановления оправдательного приговора или приговора без назначения наказания или с назначением условного наказания (п. 3 ч. 1 ст. 306, ст. 311 УПК).

Мера пресечения может быть изменена на более строгую, если в процессе рассмотрения дела судом появились основания для избрания подсудимому более строгой меры пресечения, а также для обеспечения исполнения приговора (например, подписка о невыезде — на заключение под стражу, когда выносится приговор с назначением наказания в виде реального лишения свободы). Мера пресечения изменяется на более мягкую, если при сохранении общих оснований для применения мер пресечения продолжение применения прежней, более строгой меры пресечения не вызывается необходимостью. Например, в связи с назначением наказания, не связанного с лишением осужденного свободы, вместо заключения под стражу может быть избрана подписка о невыезде.

2. Тайна совещания судей

Приговор постановляется судом в совещательной комнате, в условиях, которые должны исключать всякое постороннее влияние на судей. Во время постановления приговора здесь могут находиться только судьи, входящие в состав суда по данному уголовному делу. Судьи не вправе разглашать суждения, имевшие место при обсуждении и вынесении приговора. Закон разрешает прервать совещание для отдыха судей с выходом их из совещательной комнаты по окончании рабочего времени, установленного в соответствии с трудовым законодательством, а также в течение рабочего дня (ст. 298). Нарушение тайны совещания судей при поста-

новлении приговора является безусловным кассационным основанием для отмены приговора (п. 8 ч. 2 ст. 381).

3. Порядок совещания судей при коллегиальном рассмотрении уголовного дела

Если уголовное дело рассматривается судом коллегиально, председательствующий при постановлении приговора в совещательной комнате ставит на разрешение суда вопросы в порядке, установленном ст. 299 (см. об этом п. 1 настоящего параграфа). При решении каждого из этих вопросов судья не вправе уклониться или воздержаться от голосования, за исключением случая, когда судье, голосовавшему за оправдание подсудимого и оставшемуся в меньшинстве, предоставляется право воздержаться от голосования по вопросам применения уголовного закона (ч. 3 ст. 301). Если при этом мнения судей по вопросам о квалификации преступления или мере наказания разошлись, то голос судьи, поданный за оправдание, присоединяется к голосу, поданному за квалификацию преступления по уголовному закону, предусматривающему менее тяжкое преступление, и за назначение менее сурового наказания.

Все вопросы разрешаются судом простым большинством голосов, однако мера наказания в виде смертной казни может быть назначена виновному только по единогласному решению всех судей. Председательствующий всегда голосует в последнюю очередь.

В мировых системах судопроизводства существуют различные системы голосования судей. Так, в английском уголовном процессе обвинительный вердикт присяжных считается принятым при наличии квалифицированного большинства голосов (10 голосов из 12), но в магистратском суде решение принимается простым большинством голосов. В США в федеральных судах и в большинстве судов штатов обвинительный вердикт присяжных выносится, как правило, единогласно. Тем не менее Верховный суд США в ряде своих решений высказался за то, что 12 присяжным нет необходимости достигать единодушного согласия, и обвинительный вердикт считается законным, если голоса разделились в соотношении 11 к 1 или даже 10 к 2. Однако в случае, когда жюри состоит из 6 присяжных, требуется только единогласное вынесение обвинительного вердикта. Во Франции в суде ассизов (включающем в свой состав народных представителей) неблагоприятное для подсудимого решение принимается квалифицированным большинством в $\frac{2}{3}$ голосов, т.е. не менее 8 к 12 (ст. 359 УПК Франции). При решении вопроса об избрании меры наказания требуется подача за предлагаемую меру абсолютного большинства голосов, т.е. 7 из 12, однако решение о лишении свободы может быть принято лишь большинством в 8 голосов (ст. 362 УПК Франции). При этом голосование по вопросу о мере наказания проводится здесь в два тура, и если после этого ни одна из предложенных мера наказания не набрала требуемого большинства, в каждом последующем туре устраняется самая тяжкая из ранее предложенных мера наказания, пока не останется одна — наиболее легкая из всех¹. Большинство в $\frac{2}{3}$ голосов для принятия решений, невыгодных для подсудимо-

¹ См.: Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. С. 360.

го (по вопросу о признании его виновным и правовых последствиях этого), требуется и в уголовном процессе Германии (§ 263 УПК ФРГ).

4. Составление приговора

По окончании совещания судей одним из них составляется приговор. Он излагается на том языке, на котором проводилось судебное разбирательство, и может иметь рукописную форму или быть изготовлен с помощью технических средств. Приговор подписывается всеми судьями, в том числе и судьей, который остался при особом мнении.

Приговор должен быть составлен в ясных и понятных выражениях. Недопустимо употребление в нем неточных формулировок, использование не принятых сокращений и слов, неприемлемых в официальных документах, а также загромождение приговора описанием обстоятельств, не имеющих отношение к рассматриваемому делу. Приводимые в приговоре технические и иные специальные термины, а также выражения местного диалекта должны быть разъяснены. Все исправления в *окончательном варианте* приговора (т.е. в тексте приговора, с которым суд выходит из совещательной комнаты для его провозглашения) должны быть оговорены и заверены всеми судьями еще в совещательной комнате¹. После провозглашения приговора суд не вправе вносить в него какие-либо изменения. Не оговоренные и не подписанные судьями исправления, касающиеся существенных обстоятельств (например, квалификации преступления, вида и размера наказания, размера удовлетворенного гражданского иска, вида исправительно-трудовой или воспитательно-трудовой колонии), являются основанием для отмены вышестоящей судебной инстанцией приговора полностью либо в соответствующей части.

§ 4. СТРУКТУРА И СОДЕРЖАНИЕ ПРИГОВОРА

Приговор состоит из вводной, описательно-мотивировочной и резолютивной частей.

1. Вводная часть приговора

Вводная часть приговора — это тот его раздел, в котором содержатся следующие сведения:

- о постановлении приговора именем Российской Федерации;
- дата и место постановления приговора;
- наименование суда, постановившего приговор, состав суда, сведения о секретаре судебного заседания, обвинителе, защитнике, потерпевшем, гражданском истце, гражданском ответчике и об их представителях;
- фамилия, имя и отчество подсудимого, дата и место его рождения, место жительства, место работы, род занятий, образование, семейное положение и иные данные о личности подсудимого, имеющие значение для уголовного дела.

¹ См.: Практика применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : Актуальные вопросы судебной практики, рекомендации судей Верховного Суда РФ / под ред. заместителя Председателя Верховного Суда РФ В.П. Верина. М.: Юрайт, 2006. С. 301.

К числу иных данных о личности подсудимого, имеющих значение для уголовного дела, в первую очередь относятся данные о судимости. В случае если судимости не сняты и не погашены, во вводной части приговора указывается дата осуждения, преступление, за которое подсудимый был ранее осужден, и его квалификация, назначенное ему за это преступление наказание, основание и дата освобождения, а также часть наказания по предыдущему приговору, которая осталась неотбытой. Это необходимо для проверки сроков погашения судимости, что может иметь значение для квалификации преступления и назначения наказания при рецидиве преступлений.

Когда подсудимый в прошлом был осужден условно (ст. 73 УК РФ), а испытательный срок условного наказания к данному моменту еще не истек, суд должен назвать дату предыдущего приговора, назначавшийся вид наказания и срок условного осуждения, установленный испытательный срок и дату начала его исчисления. При условно-досрочном освобождении подсудимого от отбывания наказания по предыдущему приговору необходимо указать, когда он был освобожден от отбывания наказания, и срок наказания, который остался им неотбытым, пункт, часть, статью уголовного закона, устанавливающие ответственность за преступление, в совершении которого обвиняется подсудимый.

Описательно-мотивировочная и резолютивная части приговора различаются в зависимости от того, какой это приговор — оправдательный или обвинительный.

2. Описательно-мотивировочная и резолютивная части оправдательного приговора

Описательно-мотивировочная часть оправдательного приговора, в свою очередь, складывается из *установочной*, *доказательственной* и *мотивировочной* частей. В установочной части указываются сущность предъявленного обвинения, излагаются обстоятельства дела в том виде, как они были установлены судом; в доказательственной части анализируются доказательства, обосновывающие вывод суда о невиновности подсудимого; в мотивировочной части приводятся мотивы, по которым суд отверг доказательства, положенные в основу обвинения, а также мотивы решения в отношении гражданского иска. Включение в оправдательный приговор формулировок, ставящих под сомнение невиновность оправданного, не допускается.

В случае постановления оправдательного приговора в отношении лица, обвинявшегося в совершении нескольких преступлений, квалифицированных одной или несколькими статьями (пунктами, частями статей) уголовного закона, суд должен в описательной части приговора с приведением мотивов сформулировать вывод о признании обвинения необоснованным по каждой статье (пункту, части статьи, эпизоду обвинения) с указанием соответствующего основания оправдания, предусмотренного законом.

В резолютивной части оправдательного приговора должны быть указаны:

- фамилия, имя и отчество подсудимого;
- решение о признании его невиновным и формулировка оснований оправдания подсудимого по каждой статье (пункту, части статьи) уголовного закона, по которым он был оправдан;
- решение об отмене меры пресечения, если она была избрана;
- решение об отмене мер по обеспечению конфискации имущества, а также мер по обеспечению возмещения вреда, если такие меры были приняты;

— разъяснение порядка возмещения вреда, связанного с уголовным преследованием.

При постановлении оправдательного приговора в отношении лица, обвинявшегося в совершении нескольких преступлений, квалифицированных одной статьей (пунктом, частью статьи) уголовного закона (например, несколько краж или эпизодов продолжаемого преступления), когда основания оправдания по ним различны, в резолютивной части приговора следует точно указать, по какому из предусмотренных законом оснований и в совершении каких преступлений подсудимый оправдан.

В случае вынесения оправдательного приговора ввиду непричастности лица к совершению преступления, а также в иных случаях, когда лицо, подлежащее привлечению в качестве обвиняемого, не установлено, суд решает вопрос о направлении прокурору уголовного дела для производства предварительного расследования и установления лица, подлежащего привлечению в качестве обвиняемого.

В отношении гражданского иска при вынесении оправдательного приговора возможны только два варианта решений: а) отказ в удовлетворении иска; б) оставление его без рассмотрения. При оправдании за *отсутствием события преступления* или *ввиду непричастности подсудимого к совершению преступления* суд отказывает в удовлетворении гражданского иска, так как действиями подсудимого какой-либо вред гражданскому истцу причинен не был. Во всех прочих случаях гражданский иск оставляется судом без рассмотрения, поскольку *отсутствие в деянии лица признаков состава преступления* еще не означает, что отсутствуют и основания для возмещения им вреда на основании гражданского законодательства.

3. Описательно-мотивировочная и резолютивная части обвинительного приговора

Описательно-мотивировочная часть обвинительного приговора, так же как и описательно-мотивировочная часть оправдательного приговора, состоит из установочной, доказательственной и мотивировочной частей, а также мотивировки недоказанности части обвинения.

Установочная часть содержит:

— краткую вводную формулировку признаков преступлений, в совершении которых подсудимый признается судом виновным, например: «Суд установил: N. совершил вымогательство, т.е. требование передачи чужого имущества, по предварительному сговору с группой лиц, с применением насилия, в целях получения имущества в крупном размере»;

— описание преступного деяния, признанного судом доказанным, с указанием места, времени, способа его совершения, формы вины, мотивов, целей и последствий преступления. Мотивы, цели и последствия преступления (либо их отсутствие) указываются обязательно, даже когда они не охватываются квалификацией данного преступления. Если государственный обвинитель в судебном разбирательстве изменил обвинение в сторону его смягчения (ч. 8 ст. 246 УПК), то суд, независимо от того, какое мнение он сам имеет по данному обвинению, описывает преступное деяние в соответствии с измененным обвинителем обвинением;

— отношение подсудимого к предъявленному ему обвинению, выразившееся в полном или частичном признании либо непризнании им своей виновности. При ча-

стичном признании суд указывает, в каких именно конкретных деяниях подсудимый признает себя виновным, а в каких нет, а также приводит доводы, которые выдвигает подсудимый в свою защиту. Если подсудимый отказался свидетельствовать против самого себя, то указывается, что он отказался давать показания в судебном заседании.

В *доказательственной части* раскрывается содержание всех без исключения исследованных судом в судебном разбирательстве доказательств — как подтверждающих виновность подсудимого, так и направленных в сторону оправдания.

В *мотивировочной части* необходимо привести всесторонний анализ доказательств, на которых суд основал выводы, при этом должны получить оценку все доказательства, как уличающие, так и оправдывающие подсудимого. Суд обязан объяснить, почему он принимает одни из исследованных по делу доказательств и отвергает другие. В случаях когда в деле имеется несколько заключений экспертов, содержащих различные выводы по одним и тем же вопросам, суду следует дать в приговоре оценку каждому из них в совокупности с другими доказательствами по делу и привести мотивы, по которым он согласился с одним из заключений и отверг другие. В этой части приговора должна быть также дана оценка доводам, приведенным подсудимым в свою защиту. В случае изменения подсудимым показаний, данных им при производстве дознания или предварительного следствия, суд обязан тщательно проверить те и другие его показания, выяснить причины изменения показаний и дать им оценку в совокупности с иными собранными по делу доказательствами.

В приговоре необходимо мотивировать выводы суда относительно квалификации преступления по той или иной статье уголовного закона, его части либо пункту. По делу в отношении нескольких подсудимых или по делу, по которому подсудимый обвиняется в совершении нескольких преступлений, суд должен обосновать квалификацию в отношении каждого подсудимого и в отношении каждого преступления.

В той же части обвинительного приговора, где суд мотивирует недоказанность части обвинения, указываются и все изменения обвинения в судебном разбирательстве. Всякое изменение обвинения в суде должно быть мотивировано.

Когда подсудимому предъявлено обвинение по нескольким статьям уголовного закона и суд в ходе судебного разбирательства придет к выводу о необходимости по некоторым из них прекратить дело (ст. 254), мотивированное решение об этом излагается не в приговоре, а в определении (постановлении) суда, вынесенном одновременно с приговором. В этом случае в описательной части приговора необходимо указать, что дело по обвинению подсудимого в совершении других преступлений прекращено отдельным определением (постановлением).

В приговоре мотивируются и выводы по вопросам назначения подсудимому наказания того или иного вида и размера.

Суд обязан привести в обвинительном приговоре мотивы, обосновывающие полное или частичное удовлетворение гражданского иска либо отказа в нем, указать с приведением соответствующих расчетов размеры, в которых удовлетворены требования истца, и закон, на основании которого разрешен гражданский иск.

В *резольютивной части* обвинительного приговора должны быть указаны:

- фамилия, имя и отчество подсудимого;
- решение о признании подсудимого виновным в совершении преступления;
- пункт, часть, статья Уголовного кодекса РФ, предусматривающие ответственность за преступление, в совершении которого подсудимый признан виновным;

- вид и размер наказания, назначенного подсудимому за каждое преступление, в совершении которого он признан виновным;
- окончательная мера наказания, подлежащая отбыванию по совокупности преступлений либо совокупности приговоров, либо при сложении наказаний, либо при зачете наказания (ст. 69—72 УК РФ);
- вид исправительного учреждения, в котором должен отбывать наказание осужденный к лишению свободы, и режим данного исправительного учреждения;
- длительность испытательного срока при условном осуждении и обязанности, которые возлагаются при этом на осужденного;
- решение о дополнительных видах наказания;
- решения об освобождении подсудимого от отбывания наказания или вынесении приговора без назначения наказания;
- решение о зачете времени предварительного содержания под стражей, если подсудимый до постановления приговора был задержан, или к нему применялись меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста, или он помещался в медицинский или психиатрический стационар;
- решение о мере пресечения в отношении подсудимого до вступления приговора в законную силу;
- решение по предъявленному гражданскому иску;
- решение вопроса о вещественных доказательствах;
- решение о распределении процессуальных издержек;
- разъяснение о порядке и сроках обжалования приговора и о праве осужденного и оправданного ходатайствовать об участии в рассмотрении уголовного дела судом кассационной инстанции.

§ 5. ПРОВОЗГЛАШЕНИЕ ПРИГОВОРА

Председательствующий провозглашает приговор после того, как суд возвратился в зал судебного заседания. Приговор приобретает силу судебного акта лишь с момента его провозглашения. С этого времени начинает течь 10-суточный срок для его апелляционного или кассационного обжалования (для осужденного, содержащегося под стражей, срок обжалования исчисляется со дня вручения ему копии приговора).

Все присутствующие в зале судебного заседания, включая и самих судей, выслушивают приговор стоя. Если объем приговора велик и чтение его может занять слишком длительное время, выслушивание его стоя может вызвать определенные трудности, особенно для лиц преклонного возраста и больных. В подобных случаях в соответствии с ч. 2 ст. 257 УПК («Регламент судебного заседания») председательствующий может допустить отступление от общего правила. Кроме того, как представляется, им может быть объявлен перерыв в судебном заседании для отдыха, по окончании которого оглашение приговора продолжается.

Если подсудимый осужден к смертной казни, то председательствующий обязан разъяснить ему право ходатайствовать о помиловании¹.

¹ В настоящее время в отношении применения смертной казни в России действует мораторий.

В случае рассмотрения уголовного дела в закрытом судебном заседании законом предусмотрено оглашение лишь вводной и резолютивной частей приговора (ч. 7 ст. 241 УПК). При этом участникам судебного разбирательства разъясняется порядок ознакомления с его полным текстом, что предполагает определение дня, когда можно будет ознакомиться с приговором.

При вынесении оправдательного приговора, обвинительного приговора без назначения наказания, обвинительного приговора с назначением наказания и с освобождением от его отбывания, обвинительного приговора с назначением наказания, не связанного с лишением свободы, или наказания в виде лишения свободы условно подсудимый, находящийся под стражей, подлежит немедленному освобождению в зале суда и ему немедленно выдается выписка из приговора с указанием об отмене меры пресечения.

В течение 5 дней со дня провозглашения приговора его копии вручаются осужденному или оправданному, его защитнику и обвинителю, а потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику и их представителям — по ходатайству этих лиц (ст. 312).

Одновременно с постановлением приговора суд может принять также следующие решения:

- о передаче несовершеннолетних детей осужденного к лишению свободы, других его иждивенцев, а также престарелых родителей, нуждающихся в постороннем уходе, на попечение близких родственников, родственников или других лиц либо помещении их в детские или социальные учреждения;

- о принятии мер по охране остающихся без присмотра имущества или жилища осужденного;

- о размере вознаграждения, подлежащего выплате за оказание юридической помощи защитнику по назначению.

Названные решения могут быть приняты судом по ходатайству заинтересованных лиц и после провозглашения приговора.

§ 1. ПОНЯТИЕ И ЗАДАЧИ ЦЕЛЕРАНТНОГО (УПРОЩЕННОГО И УСКОРЕННОГО) СУДОПРОИЗВОДСТВА

Под особым порядком судопроизводства в УПК РФ понимается ускоренное и упрощенное судопроизводство при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением (разд. X). В общетеоретическом плане ускоренное и упрощенное судопроизводство — это такие формы уголовного процесса, которые предназначены для разрешения уголовных дел в сокращенные сроки и по упрощенным правилам.

Иногда упрощенные и ускоренные формы именуют также *суммарным судопроизводством* (от лат. *summarium* — краткое изложение)¹, по примеру той его формы, которая существует в английском процессе. Однако далеко не для всех видов упрощенного производства характерно разрешение дел именно на основе краткого (суммарного) изложения в судебном заседании обвинения и собранных доказательств — в некоторых случаях упрощенное и ускоренное производство осуществляется либо вне суда, либо, напротив, в суде, но при полном изложении обвинения, устном и непосредственном исследовании всех собранных по делу доказательств. Поэтому для обозначения ускоренного и упрощенного процесса нами используется более общий термин — *целерантное* производство (от лат. *celerantes* — быстрый, стремительный), суммарный же процесс рассматривается лишь в качестве одной из его разновидностей.

К числу задач целерантного производства относятся:

- процессуальная экономия, т.е. сокращение времени, сил и средств, используемых для разрешения части уголовных дел и высвобождение их для производства по наиболее сложным делам;

- приближение момента наказания виновного ко времени совершения преступления в целях усиления предупредительного воздействия процедуры судопроизводства и уголовного наказания;

- факультативно — примирение сторон.

В разных формах целерантного производства могут выполняться все или только некоторые из названных задач. Вместе с тем отличительной чертой всех целерантных форм в современном уголовном судопроизводстве является то, что упрощение и ускорение процедуры не покупается ценой отказа от таких фундаментальных начал состязательного процесса, как равенство сторон и право обвиняемого на защиту, включая его свободный доступ к правосудию. Как правило, упрощенные процедуры предоставляют участникам процесса не менее, а иногда даже более выгодные гарантии их прав и законных интересов, чем ординарный порядок судопроизводства. Целерантное производство обычно используется лишь при согласии обвиняемого и в качестве своей альтернативы имеет полное судебное разбирательство в условиях состязательности.

¹ См.: Элькинц П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л., 1976. С. 81; Цыганенко С. Ускоренное судопроизводство. Ростов н/Д, 1993. С. 11—12, 14—16.

§ 2. ВИДЫ ЦЕЛЕРАНТНОГО ПРОИЗВОДСТВА

1. Целерантные процедуры на основе принципа целесообразности уголовного преследования

Сокращение и упрощение судопроизводства может принимать наиболее радикальные формы, если продолжение или даже само начало уголовного процесса ставится в зависимость от наличия воли публичного обвинителя вести уголовное преследование лица, совершившего преступление. Дискреционные полномочия публичного уголовного преследователя по своему собственному усмотрению возбуждать или не возбуждать уголовное преследование, вести его или отказаться от поддержания получили в теории судопроизводства название принципа *общественной целесообразности*, или *удобства* уголовного преследования. Целесообразность уголовного преследования может быть поставлена в зависимость от выполнения ряда требований, обращенных к лицу, подлежащему уголовной ответственности, например: загладить причиненный вред, примириться с потерпевшим, оказать содействие в раскрытии преступлений, выплатить государству определенную сумму денег, отказаться от права на предметы, на которые был наложен арест, и т.п. При условии их выполнения публичный обвинитель не возбуждает уголовного преследования, а возбужденное преследование или уголовное дело может быть прекращено. Известны две формы подобного упрощения процесса: а) условный отказ от уголовного преследования; б) так называемый штраф по соглашению.

Так, *условный отказ прокурора от уголовного преследования* (т.е. отказ при соблюдении ряда условий) под тем же названием применяется в практике французского уголовного судопроизводства¹; согласно ст. 74 УК Нидерландов, условный отказ прокурора от уголовного преследования допускается по делам о преступлениях, караемых тюремным заключением на срок до 6 лет; а по ст. 130 УК Испании лицо может быть освобождено от уголовной ответственности ввиду его прощения потерпевшим. В российском уголовном процессе также возможно прекращение уголовного дела и уголовного преследования по некоторым категориям преступлений при условии примирения сторон, деятельного раскаяния подозреваемого или обвиняемого (ст. 25, 28 УПК РФ).

Процедура применения *штрафа по соглашению* состоит в том, что суд или прокурор предлагают лицу, подлежащему привлечению к уголовной ответственности, уплатить в казну определенный штраф. В случае его согласия оно освобождается от уголовной ответственности, при отказе — предается суду в обычном порядке. Подобные правила применяются в уголовном процессе Франции, Шотландии, Нидерландов, США и др.

2. Суммарное производство

Суммарное производство — обобщенное обозначение для различных упрощенных форм судебного разбирательства по делам о малозначительных и очевидных преступлениях, когда дело рассматривается без производства формального

¹ См.: Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. С. 318—319.

предварительного расследования, по кратко сформулированному первоначальному обвинению и иногда без детального исследования доказательств. К числу суммарных можно отнести следующие формы судопроизводства:

протокольная форма. В настоящий момент протокольная форма применяется во французском уголовном процессе по делам о проступках и правонарушениях под названием «*привод с помощью протокола*» (фр. — *convocation par process-verbal*). Факт нарушения уголовного закона фиксируется в едином протоколе, который вручается прокурором лицу, привлекаемому к рассмотрению дела (*personne a l'encontre de laquelle*). В протоколе указывается время и место судебного разбирательства, которое должно состояться не позднее 2 месяцев с момента вручения протокола. Заключение под стражу при этом не применяется. Судебное разбирательство в случае привода с помощью протокола производится в исправительном или полицейском трибуналах. Рассмотрение дела в суде обычно производится в упрощенных формах при главенствующей роли председательствующего судьи, участие защитника, а в некоторых случаях даже подсудимого (при заочном производстве) не является обязательным¹. До 1 июля 2002 г. протокольная форма могла применяться и в уголовном процессе Российской Федерации (гл. 34 УПК РСФСР)²;

немедленный привод. Применение данной формы известно в ряде систем судопроизводства — обычно по делам о малозначительных уголовных правонарушениях, когда факт совершения преступления очевиден, а лицо, его совершившее, установлено и задержано, дело не требует предварительного расследования либо подозреваемый признает себя виновным. При этом задержанный, свидетели и вещественные доказательства немедленно доставляются к дежурному судье, который обычно сразу же приступает к рассмотрению дела. Суд, однако, вправе передать дело для рассмотрения в общем порядке, если найдет, что рассмотреть дело по представленным доказательствам невозможно. Немедленный привод в настоящее время существует в уголовном процессе Франции. Он применялся и в России по УПК 1922 г., 1923 г. (ст. 360—365) под названием «*дежурная камера уголовного суда*»³;

судебный приказ. Сущность производства в порядке судебного приказа состоит в том, что судья по требованию прокурора и представленным им материалам, без вызова сторон и свидетелей, вне судебного разбирательства рассматривает дело об уголовном правонарушении и выносит решение (приказ), которое становится обязательным для исполнения лишь в том случае, если обвиняемый с ним согласен или не использует своего права на его обжалование, в противном случае проводится обычное судебное разбирательство. Производство в порядке судебного приказа используется, как правило, лишь в качестве добровольной альтернативы состязательному разбирательству, что является гарантией против ущемления права личности на свободный доступ к правосудию. В качестве примера производства в порядке судебного приказа можно указать на немецкое *производство об издании приказа о наказании, уголовный приказ* в судопроизводстве Франции и т.д.;

¹ См.: Гуценко К.Ф., Головки Л.В., Филимонов Б.А. Указ. соч. С. 323, 366—373.

² Подробнее о ней см.: Басков В.И. Протокольная форма досудебной подготовки материалов. М., 1989.

³ См.: Цыганенко С. Ускоренное судопроизводство. С. 16—17.

непосредственный вызов в суд. Эта упрощенная форма применяется в тех случаях, когда уголовное правонарушение очевидно и нет необходимости в проведении предварительного расследования. Орган уголовного преследования направляет обвиняемому уведомление, содержащее краткое изложение обвинения, а также требование явиться в суд для судебного разбирательства. Непосредственный вызов в суд характерен для уголовного процесса Франции (*citation directe*);

суммарное производство (в узком смысле) в судопроизводстве англосаксонских государств. Суммарная форма в англосаксонском уголовном процессе является альтернативой «классическому» судебному разбирательству с участием присяжных заседателей по делам о преступлениях, преследуемых по обвинительному акту. В суммарном порядке в настоящее время рассматривается здесь наибольшее количество уголовных дел. Разбирательство дела в суммарном порядке осуществляется в магистратском (мировом) суде по делам о преступлениях, не представляющих большой опасности (мисдиминоры в США, суммарные преступления в Англии). Как правило, вместо обвинительного акта в суд поступает от уголовного преследователя краткое заявление об обвинении. В судебном заседании суд доводит до сведения обвиняемого сущность этого заявления и выясняет, признает ли он себя виновным. В случае признания виновности суд может вынести обвинительный приговор без рассмотрения доказательств. Если подсудимый не признает себя виновным, судебное разбирательство продолжается в полном объеме. В уголовном процессе США, а в ряде случаев и Англии требуется согласие обвиняемого на рассмотрение его дела в суммарном порядке;

производство в мировом суде (см. о нем гл. 24 учебника).

3. Сделки

1. *Сделки о признании виновности.* Такого рода сделки, по сути, представляют собой мировые соглашения между представителями обвинения и защиты, в соответствии с которыми обвиняемый признает себя виновным в совершении преступления, а обвинитель в обмен на это вносит поправки в обвинение в сторону, благоприятную для обвиняемого (исключает часть обвинений, обязуется снизить требования относительно наказания и т.п.). Наибольшее распространение сделки о признании (англ. — *plea bargaining*) получили в уголовном процессе США. В случае заключения сделки о признании дальнейшее исследование доказательств прекращается, а суд выносит на ее основе обвинительный приговор. Сделки обычно заключаются на переговорах между обвинителем и адвокатом, нередко при участии судьи. Однако реализация соглашения не зависит от одобрения или неодобрения суда, который связан пределами обвинения. Главная цель сделок о признании утилитарна — это быстрее «снятие» конфликта ради процессуальной экономии, а также (со стороны обвиняемого) смягчение грозящего наказания. И то и другое может быть весьма далеко от интересов достижения истины.

Если американские сделки о признании виновности хотя бы формально, но все же связаны с представлением об истинности судебного решения, так как презюмируется, что признание обвиняемого достоверно, то в так называемых постинквизиционных системах, как с недавнего времени иногда называют уголовное судопроизводство Испании и Италии и некоторых других европейских государств, стали применяться сделки, объектом которых является даже не сама виновность, а фор-

мальное согласие обвиняемого с обвинительным заключением (конформидад — ст. 655, 689.2 УПК Испании) или «обозначение наказания» (паттеджаменто — ст. 444—448 УПК Италии 1988 г.). В обоих случаях обвиняемый, вступая в такую сделку, может и не признавать себя виновным. В обмен на эти действия законом предусмотрено ограничение меры наказания (не более 6 лет лишения свободы в Испании) либо определенная скидка (снижение срока лишения свободы на треть в Италии). Судебное следствие при этом не производится¹.

2. *Сделки о сокращении судебной процедуры.* Другой разновидностью сделок являются *сделки об упрощении процедуры*. Так, например, в Италии по окончании предварительного следствия обвиняемый, по согласованию с прокурором, ходатайствует о сокращенном рассмотрении дела в суде уже на этапе предварительного слушания, которое проводится в основном по письменным материалам предварительного следствия. Если по делу выносится обвинительный приговор, применяется скидка с наказания в размере трети срока лишения свободы. В новом УПК РФ, как будет показано ниже, также предусматривается возможность вынесения приговора на основе подобной сделки.

3. *Медиационные соглашения.* Медиация — это примирительные процедуры между потерпевшим и правонарушителем, виновность которого доказана, который признает свою вину и готов загладить причиненный вред. Происходят они при посредничестве третьих лиц — обычно общественных организаций либо специальных служб медиации, пробации и т.п. — с разрешения суда или полиции.

Медиационные примирительные процедуры в сфере уголовного производства появились во второй половине XX столетия в законодательствах ряда европейских государств, прежде всего Великобритании, Германии, Франции и др.² Активное распространение методов разрешения конфликтов, альтернативных юстиции, началось в этих странах в период после Второй мировой войны. По-видимому, определенную роль в этом могло сыграть знакомство с порядками, существующими в Японии, Китае и других странах Дальнего Востока, где в общественном правосознании господствует конфуцианский подход к урегулированию отношений и разрешению конфликтов. Согласно конфуцианским представлениям в общественных отношениях главное место занимают идеи согласия и консенсуса. Считается необходимым по возможности избегать жестких решений, применения санкций, навязывания кому-либо воли большинства. Конфликты следует как бы растворять, а не разрешать. Решение должно быть свободно принято участниками, чтобы никто не мог «потерять лицо», подвергнувшись «бесчестью» наказания. Традиция предпочитает путь мирового соглашения, считая необходимость применения права худшим вариантом. В Японии до сих пор большинство конфликтов разрешается с помощью примирительных процедур: *акхон*, среди которых различают *ёдан* — улаживание конфликтов на досудебных стадиях с помощью посредников, в чем значительна роль полиции; *викай* — способ урегулирования, близкий к примирению сторон самим судом в ходе процесса, и *шотей* — снятие конфликта путем обращения сторон с разрешения суда к альтернативной процедуре переговоров с участием примирительной комиссии, которой поручается по-

¹ См.: Тейман С. Сделки о признании вины или сокращенные формы судопроизводства: по какому пути пойдет Россия? // Российская юстиция. 1998. № 10. С. 35—37.

² См.: Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном английском праве // Правоведение. 1998. № 3. С. 103—113.

мочь сторонам вступить в мировое соглашение. Процедура *шотей* допустима только при том условии, что стороны готовы добровольно исполнить достигаемое таким путем соглашение¹. Решение суда, основанное на этом мировом соглашении, может быть основано не на нормах закона, а на согласованных сторонами условиях. Именно *шотей* практически тождествен западным медиационным процедурам.

В отличие от сделок о признании, медиация — это прощение и примирение потерпевшего с нарушителем, раскаявшимся и готовым искупить свою вину. Одно из главных условий использования медиации — наличие достаточных доказательств для признания лица виновным, если бы судом был вынесен приговор. Для этого проводится тщательная проверка всех обстоятельств совершения преступления, в отличие от сделок о признании, где вся проверка сводится к формальностям: опросу обвиняемого по вопросу о добровольности признания и предупреждению его о последствиях этого шага. Медиационное соглашение заключается самими потерпевшим и обвиняемым при участии профессионального посредника (медиатора). В медиации не ищут правого и виноватого, а находят и обсуждают разные варианты улаживания конфликта, выбирая тот, который сочтут оптимальным. При этом стороны руководствуются прежде всего представлениями о справедливости (хотя их договоренности, конечно, не должны вступать в противоречие с законом). Поэтому соглашение сторон способно быть более гибким, чем судебное решение. Стороны имеют возможность включить в свое решение такие неформальные пункты, которые никогда не могли бы стать частью обычного приговора. Например, потерпевшая сторона и нарушитель по делу о клевете могут договориться о публичном покаянии; по делам о незаконном использовании товарного знака, нарушении авторских прав — прийти к договоренности о совместном рекламном проекте или переиздании книги и т.п. Медиация длится до тех пор, пока не будет найдено взаимоприемлемое решение, которое фиксируется в медиационном (мировом) соглашении, однако временные рамки для этого процесса должны устанавливаться судом и могут быть расширены по ходатайству сторон или посредника-медиатора. Достигнутое мировое соглашение утверждается судом и служит основанием для вынесения судебного решения о прекращении уголовного дела. При этом не обязательно ждать выполнения всех условий медиационного соглашения — достаточно самого факта его заключения. В случае невыполнения правонарушителем условий примирения может быть возобновлена судебная процедура².

§ 3. ОСОБЫЙ ПОРЯДОК ПРИНЯТИЯ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ ПРИ СОГЛАСИИ ОБВИНЯЕМОГО С ПРЕДЪЯВЛЕННЫМ ЕМУ ОБВИНЕНИЕМ

Разделом X (гл. 40) УПК РФ впервые в российском уголовном процессе предусмотрена возможность разрешения дела по ходатайству обвиняемого с помощью сделки об упрощении судебной процедуры. Обвиняемый вправе заявить о согласии с предъявленным ему обвинением и ходатайствовать о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства. Взамен закон устанавливает огра-

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 439—460.

² См.: Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. С. 73—79.

ничество на максимальный размер наказания, которое может быть назначено обвиняемому, — оно не может превышать $\frac{2}{3}$ максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершение данного преступления¹.

Можно выделить следующие условия постановления приговора без проведения по ходатайству обвиняемого судебного разбирательства в общем порядке:

— обвиняемый заявил в своем ходатайстве о рассмотрении уголовного дела в особом порядке и о согласии с предъявленным обвинением;

— это заявление сделано в присутствии защитника и в период, установленный ст. 315 УПК РФ;

— обвиняемый осознает характер и последствия заявленного им ходатайства;

— обвиняемый понимает существо обвинения и согласен с ним в полном объеме;

— у государственного или частного обвинителя и потерпевшего отсутствуют возражения против рассмотрения уголовного дела в особом порядке;

— лицо обвиняется в совершении преступления, наказание за которое не превышает 10 лет лишения свободы;

— обвинение подтверждено собранными по делу доказательствами.

Под обвинением, с которым соглашается обвиняемый, заявляя ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства в общем порядке, следует понимать фактические обстоятельства содеянного обвиняемым, форму вины, мотивы совершения деяния, юридическую оценку содеянного, а также характер и размер вреда, причиненного деянием обвиняемого.

Обвиняемый может заявить ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства только до начала судебного разбирательства:

— при окончании предварительного расследования (следствия или дознания) в момент ознакомления с материалами уголовного дела (ст. 217—219), о чем делается запись в протоколе этого процессуального действия;

— на предварительном слушании, если оно проводится по данному делу (ст. 229)².

В особом порядке могут рассматриваться уголовные дела не только публичного и частно-публичного, но и частного обвинения. Ходатайство об особом порядке судебного разбирательства по ним может быть заявлено в период от момента вручения лицу заявления потерпевшего о привлечении его к уголовной ответственности до вынесения судьей постановления о назначении судебного заседания. При этом мировой судья при вручении заявления в присутствии защитника разъясняет лицу, в отношении которого подано это заявление, право ходатайствовать о применении особого порядка судебного разбирательства и выяснить у него, желает ли он воспользоваться этим правом, а при проведении примирительной процедуры — выясняет у потерпевшего, не возражает ли он против удовлетворения ходатайства лица, привлекаемого к ответственности³.

¹ Это положение не распространяется на дополнительные наказания и альтернативные виды наказания, указанные в санкциях статей Особенной части УК РФ.

² Следует, однако, иметь в виду, что п. 4 ст. 229, в котором ранее, действительно, говорилось о проведении предварительного слушания для решения вопроса об особом порядке судебного разбирательства, был отменен Федеральным законом от 04.07.2003 № 92-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации».

³ См. п. 8 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.12.2006 № 60 «О применении судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел» // Российская газета. 20.12.2006 г.

Хотя судебное разбирательство в полном объеме здесь не предусмотрено, тем не менее назначается судебное заседание, которое проводится под руководством единоличного судьи при обязательном участии подсудимого и его защитника, а также обвинителя, однако без проведения судебного следствия. Заседание начинается с изложения государственным обвинителем предъявленного подсудимому обвинения, а по уголовным делам частного обвинения — с изложения обвинения частным обвинителем. Затем судья опрашивает подсудимого по следующим вопросам: а) понятно ли ему обвинение; б) согласен ли он с обвинением; в) поддерживает ли свое ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства; г) заявлено ли это ходатайство добровольно и после консультации с защитником; д) осознает ли он последствия постановления приговора без проведения судебного разбирательства. Если в судебном заседании участвует потерпевший, судья выясняет его отношение к рассматриваемому ходатайству подсудимого.

Если подсудимый не согласен с некоторыми эпизодами обвинения или выражает несогласие с основаниями или объемом предъявленного гражданского иска, его ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства удовлетворению не подлежит. В этих случаях дело должно рассматриваться на общих основаниях.

Судья выносит приговор на основании доказательств, уже собранных по уголовному делу к этому моменту. Исследование (проверка) и оценка доказательств, собранных по уголовному делу, в общем порядке не производятся (ч. 5 ст. 316). Это означает, что:

1) в судебном заседании не применяются правила проведения судебного следствия, т.е. не проводятся следственные действия, не оглашаются показания и протоколы следственных действий и иные документы. Исключение делается лишь для исследования обстоятельств, характеризующих личность подсудимого, а также обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание;

2) оценка судьей доказательств имеет особый характер. Так, судья должен оценить представленные доказательства и убедиться, что обвинение, с которым согласился подсудимый, *законно обосновано и подтверждается имеющимися в материалах дела доказательствами*. Только в этом случае он вправе постановить обвинительный приговор и назначить подсудимому наказание. Тем не менее анализ доказательств и их оценка судьей в обвинительном приговоре не отражаются. В нем приводится описание преступного деяния, а также выводы суда о соблюдении условий постановления приговора без проведения судебного разбирательства.

Суд не вправе отказать сторонам в возможности участвовать в судебных прениях, а подсудимому — в праве произнести последнее слово.

Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что при рассмотрении дела в особом порядке законом предусмотрено постановление лишь обвинительного приговора. Поэтому, если имеются обстоятельства, влекущие оправдание, суд выносит постановление о прекращении особого порядка судебного разбирательства и назначает рассмотрение уголовного дела в общем порядке. Однако суд может в приговоре перекалифицировать обвинение в сторону, благоприятную для подсудимого. Кроме того, уголовное дело может быть прекращено здесь по нереабилитирующим основаниям (например, в связи с истечением сроков давности, изменением уголовного закона, примирением сторон, амнистией, отказом государственного обвинителя от обвине-

ния), если это решение основывается на уже установленных материалами дела фактических обстоятельствах и не требует дополнительной проверки собранных по делу доказательств¹.

Пересмотр приговора, вынесенного в особом порядке, в апелляционной и кассационной инстанциях по такому основанию, как несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела (п. 1 ч. 1 ст. 379) не допускается. Подсудимый освобождается при особом порядке принятия судебного решения от процессуальных издержек.

См. п. 18 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.12.2006 № 60 «О применении судами особого порядка судебного разбирательства уголовных дел».

§ 1. ПОНЯТИЕ И КРАТКАЯ ИСТОРИЯ МИРОВОГО СУДА

Институт мировых судей имеет английское происхождение. Еще в 1195 г. королевской прокламацией в помощь шерифам были назначены «рыцари мира», полномочия которых первоначально носили административный характер, но постепенно им стали передаваться и некоторые судебные функции. С принятием в середине XIV в. законов о рабочих для разрешения трудовых конфликтов была учреждена должность *justice of the peace*, или собственно мировых судей. Мировые судьи обычно назначались из представителей мелкопоместного дворянства — *gentry*, которые часто не имели юридического образования и не финансировались государством. Традиция отправления мирового права судьями неюристами, не оплачиваемыми, а значит, ничем не обязанными исполнительной власти, сохранилась в Англии до сих пор. Мировые судьи долгое время собирались на четвертные сессии (четыре раза в год), где они с участием присяжных рассматривали дела обо всех уголовных преступлениях, не исключая те, которые карались смертной казнью. С 1496 г. мировым судьям было дано право рассматривать уголовные дела и между четвертными сессиями, в так называемых *petty sessions* — малых сессиях, что положило начало их суммарной юрисдикции в качестве судей-магистратов. Статутами 1461, 1554 и 1555 гг. на мировых судей была возложена также обязанность проводить предварительное исследование (*preliminary investigation*) материалов обвинения, прежде чем оно выносилось на рассмотрение большого жюри. В дальнейшем эта обязанность превратилась в проведение мировыми судьями предварительного слушания (*preliminary enquiry, hearing*), в котором решался вопрос о предании обвиняемого суду, а также в некоторые другие их полномочия в ходе досудебной подготовки¹.

В XVIII—XIX столетиях институт мировых судей был усвоен на континенте. Самой ранней попыткой такого рода был проект Дюпора, внесенный 26.09.1790 г. во французское Учредительное собрание от имени комиссии законодательства и уголовной юстиции и ставший революционным декретом 16.09.1791 г. Он представлял собой опыт акклиматизации во Франции английских судебных институтов, ибо вводил обвинительное жюри, суд присяжных, состязательность и устность судебного разбора дел, а также мировых судей. Позднее этот институт (в основном в его французской интерпретации) был воспринят во многих странах мира. Однако здесь мировые судьи, как правило, являлись судебными чиновниками низшего ранга, получающими жалованье от государства (стипендиарные магистраты); исключение из этого правила в ряде случаев составляли лишь так называемые почетные мировые судьи.

В России институт мировых судей впервые был введен в ходе судебной реформы 1864 г. Мировые судьи избирались населением сроком на 3 года. Однако этот институт в Российской империи не сумел пустить глубокие корни: в 1889 г. он был сильно

¹ См.: Уолкер Р. Английская судебная система. С. 35—36.

сокращен и оставался лишь в Санкт-Петербурге, Москве и некоторых других крупных городах. После Октябрьской революции Декретом № 1 «О суде» 1917 г. мировые судьи вместе с другими судебными должностями прежнего режима были упразднены полностью. Институт мировых судей был воссоздан Федеральным законом от 17.12.98 г. «О мировых судьях в Российской Федерации». Возрождение института мировых судей направлено на приближение суда к населению, обеспечение права граждан на свободный доступ к правосудию, упрощение и ускорение процедуры судебного рассмотрения и разрешения дел. Мировые судьи назначаются либо избираются на должность сроком до 5 лет законодательным органом государственной власти субъекта Российской Федерации либо избираются населением соответствующего участка в порядке, установленном законом субъекта Российской Федерации. В уголовном процессе компетенция мировых судей распространяется на производство по делам частного обвинения, а также рассмотрение и разрешение определенной части дел, по которым предварительное расследование имело форму дознания.

§ 2. ПРОИЗВОДСТВО В МИРОВОМ СУДЕ

1. Возбуждение уголовных дел частного обвинения

Производство в российском уголовном процессе у мирового судьи по делам частного обвинения можно отнести к частно-исковой разновидности состязательного процесса. По структуре оно следует образцу, созданному еще классическим римским судопроизводством, и распадается на следующие этапы: а) возбуждение уголовных дел частного обвинения (принятие судьей заявления в порядке частного обвинения); б) подготовка дела к судебному разбирательству и назначение судебного заседания; в) судебное разбирательство. Первые два этапа в общих чертах весьма напоминают то, что в римском процессе называлось производством *in jure*, третий — *in judicio*¹.

Уголовные дела частного обвинения, т.е. дела о таких преступлениях, как умышленное причинение легкого вреда здоровью, побои, клевета безотягчающих обстоятельств, оскорбление (ч. 2 ст. 20 УПК), возбуждаются путем подачи заявления потерпевшим или его законным представителем. В случае смерти потерпевшего уголовное дело возбуждается путем подачи заявления его близким родственником. Лицо, чье заявление принято судом, считается частным обвинителем. Обвинение могут поддерживать несколько частных обвинителей. Кроме того, согласно ч. 4 ст. 20 уголовные дела частного обвинения могут быть возбуждены следователем, а также с согласия прокурора дознавателем — в тех случаях, когда преступление совершено в отношении лица, находящегося в зависимом состоянии или по иным причинам не способного самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами (так называемая *защита безгласного интереса*). В этом случае производится предварительное расследование, как правило, в форме дознания, поскольку преступления, указанные в ч. 2 ст. 20, отнесены к подследственности органов дознания (п. 1 ч. 3 ст. 150).

¹ См.: Чельцов-Бebutov М.А. Курс уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. С. 140—146.

Заявление частного обвинителя должно содержать:

- наименование мирового суда (судьи), в который оно подается;
- описание события преступления, места, времени, а также обстоятельств его совершения;
- просьбу, адресованную суду, о принятии уголовного дела к производству;
- данные о лице, привлекаемом к уголовной ответственности;
- список свидетелей, которых необходимо вызвать в суд;
- подпись обвинителя.

Производство по делам частного обвинения всегда ведется *не по факту (non in rem* — лат.), а только в отношении известного лица (*in personam*), данные о котором должны быть указаны в заявлении потерпевшего или его законного представителя. Отсутствие этих данных указывает на то, что потерпевший не в состоянии самостоятельно защищать свои права и законные интересы. В этих случаях уголовное дело может быть возбуждено следователем, а также с согласия прокурора дознавателем и направлено для производства предварительного расследования. Поэтому по делам частного обвинения заявление, которое не содержит сведения о лице, подлежащем привлечению к уголовной ответственности, должно быть направлено заявителем для принятия решения о возбуждении уголовного дела в общем порядке. Если такое заявление поступило к мировому судье, тот выносит постановление о возвращении заявления лицу, его подавшему. В нем он предлагает ему восполнить дефицит данных о привлекаемом к ответственности лице (равно как и любых других сведений, которые должны содержаться в заявлении частного обвинителя) и устанавливает для этого определенный срок. Неисполнение этого указания заявителем влечет отказ судьи в принятии дела частного обвинения к своему производству, о чем он уведомляет заявителя (ч. 1 ст. 319). При этом судья разъясняет ему право обратиться к руководителю следственного органа или начальнику органа дознания для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, о чем уведомляет лицо, подавшее заявление.

Лицу, чье заявление принято, мировым судьей разъясняются права потерпевшего (ст. 42) и частного обвинителя, о чем составляется протокол. Частный обвинитель наделяется в судебном разбирательстве некоторыми правами, предусмотренными ч. 4—6 ст. 246 для государственного обвинителя, в частности: правом представлять доказательства и участвовать в их исследовании; излагать суду свое мнение по существу обвинения, а также по другим вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства; высказывать суду предложения о применении уголовного закона и назначении подсудимому наказания. Кроме того, частный обвинитель вправе предъявить гражданский иск.

2. Полномочия мирового судьи по уголовному делу частного обвинения, связанные с подготовкой дела к судебному разбирательству

По делам частного обвинения мировой судья исполняет ряд важных обязанностей, которые связаны с подготовкой дела к судебному разбирательству.

К их числу относятся:

- а) *полномочия мирового судьи, связанные с собиранием доказательств.* По ходатайству сторон (частного обвинителя, его представителя, обвиняемого, его защитни-

ка) он вправе оказать им содействие в собирании таких доказательств, которые не могут быть получены сторонами самостоятельно. Содействие мирового судьи выражается, прежде всего, в направлении запросов о представлении предметов и документов, в вызове в судебное заседание необходимых, по мнению сторон, свидетелей, экспертов и специалистов, в назначении в судебном заседании экспертизы.

Как вытекает из содержания постановления мирового судьи об оказании содействия сторонам в собирании доказательств (приложение 43 к ст. 477 УПК РФ), мировой судья может также поручить органу дознания или следователю провести определенные *процессуальные (в том числе и следственные) действия* по собиранию доказательств, о получении которых ходатайствует та или другая сторона.

Судья вправе отказать стороне в удовлетворении ее ходатайства об истребовании доказательств. Однако он не вправе этого сделать, если обстоятельства, об установлении которых просит сторона, имеют отношение к данному делу. В случае такого отказа сторона в течение 10 суток может подать в районный суд апелляционную жалобу;

б) *полномочия мирового судьи по ознакомлению лица с предъявляемым ему частным обвинением*. Сам факт принятия мировым судьей правильно составленного заявления о привлечении лица к уголовной ответственности по частному обвинению является *основанием* для назначения судебного заседания. Сделав вывод о наличии такого основания, мировой судья тем не менее не вправе сразу же назначить судебное заседание для рассмотрения дела по существу, поскольку сначала он должен выполнить ряд *процессуальных условий*, связанных с ознакомлением будущего подсудимого с содержанием предъявленного ему обвинения, рассмотрением и разрешением его ходатайств, а также с действиями по примирению сторон. Так, в 7-дневный срок со дня поступления заявления в суд он вызывает лицо, в отношении которого было подано заявление, знакомит его с материалами уголовного дела, вручает копию поданного заявления, разъясняет права подсудимого в судебном заседании, а также выясняет у него, каких свидетелей защиты необходимо вызвать в суд и какие ходатайства у него имеются по собиранию других доказательств. При неявке в суд обвиняемого копия заявления с разъяснением прав подсудимого, а также условий и порядка примирения сторон направляется подсудимому. В этот момент мировой судья еще не вправе применить к лицу, в отношении которого подано заявление, меру пресечения ввиду неявки по вызову — ему лишь направляется копия заявления с разъяснением прав подсудимого, а также условий и порядка примирения сторон.

Эти действия мирового судьи не могут быть истолкованы как предъявление обвинения, поскольку единственной функцией суда в уголовном процессе является осуществление правосудия. Они состоят в ознакомлении лица с обвинением, выдвинутым против него в заявлении, с материалами уголовного дела (ответами на запросы судьи, протоколами процессуальных действий, выполненных по его заданию органами предварительного расследования и т.д.), а также разъяснение этому лицу прав подсудимого и выяснение вопроса о том, кого необходимо вызвать в судебное заседание в качестве свидетелей защиты. Согласно ч. 2 ст. 50 по просьбе подсудимого мировой судья должен обеспечить ему участие защитника;

в) *полномочия мирового судьи по примирению сторон*. Мировой судья разъясняет сторонам возможность примирения. При поступлении от обеих сторон общего или отдельных заявлений о примирении производство по уголовному делу по постановлению мирового судьи прекращается. Однако уголовно-процессуальный закон не тре-

бует, чтобы стороны составляли какое-либо единое мировое соглашение, которое бы утверждалось судьей. Примирение может произойти как до, так и после назначения судебного заседания, вплоть до удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора (ч. 2 ст. 20). В постановлении о прекращении уголовного дела решается также вопрос о взыскании судебных издержек.

В случае, когда примирение не достигнуто, мировой судья *назначает судебное заседание* по правилам гл. 33 УПК, т.е. в общем порядке подготовки к судебному заседанию (ч. 3 ст. 227). Однако срок, в течение которого мировой судья обязан принять решение по поступившему заявлению, не может здесь составлять 30 суток, как это имеет место при производстве в общем порядке (ч. 3 ст. 227), поскольку согласно ч. 2 ст. 321 судебное разбирательство у мирового судьи должно начаться не позднее 14 суток со дня поступления в суд заявления или уголовного дела. Таким образом, в отличие от 14-дневного срока для начала судебного разбирательства конкретный срок, в течение которого мировой судья должен принять решение о назначении судебного заседания, законом не определен. Представляется, что он должен укладываться в 14 дней, причем с учетом времени, требующегося для выполнения судьей действий по ознакомлению привлекаемого к ответственности лица с обвинением и примирению сторон.

В законе также не разрешен вопрос о том, как должен поступить мировой судья, если до принятия им решения о назначении судебного заседания обнаружатся обстоятельства, которые в федеральных судах являются основаниями для проведения предварительного слушания, а именно: поступило ходатайство стороны об исключении доказательств либо выяснились основания для прекращения или приостановлении производства по данному делу (ст. 229 УПК). Представляется, что мировой судья не может разрешить эти вопросы без проведения предварительного слушания, поскольку по ходатайству об исключении доказательств требуется присутствие другой стороны для выяснения ее мнения и наличия возражений (ч. 5 ст. 234), а для прекращения уголовного дела в ряде случаев необходимо получить согласие обвиняемого (ч. 2 ст. 27).

По смыслу п. 6 ч. 2 ст. 231 мировой судья по делам частного обвинения при назначении судебного заседания (но не ранее) может избрать подсудимому меру пресечения, за исключением домашнего ареста и заключения под стражу.

3. Рассмотрение уголовного дела частного обвинения в судебном заседании

Судебное разбирательство у мирового судьи происходит по общим правилам, за следующими изъятиями (ст. 321 УПК):

— установлен минимальный срок (3 суток) со дня поступления в суд заявления или уголовного дела, ранее которого не может начаться судебное разбирательство. Это необходимо для того, чтобы подсудимый имел время для подготовки к судебному заседанию, приглашения защитника, обсуждения вопроса о примирении с заявителем и т.д., учитывая, что ни в том, ни в другом случае обвинение ему на досудебном производстве не предъявлялось;

— рассмотрение заявления по уголовному делу частного обвинения может быть до начала судебного следствия соединено в одно производство с рассмотрением встречного заявления со стороны подсудимого. В этом случае обе стороны являются одновременно и частными обвинителями, и подсудимыми;

— государственный обвинитель поддерживает обвинение по делам данной категории лишь в тех случаях, когда уголовное дело было возбуждено следователем или дознавателем с согласия прокурора и при отсутствии заявления потерпевшего, если преступление было совершено в отношении лица, находящегося в зависимом состоянии или по иным причинам не способного самостоятельно воспользоваться принадлежащими ему правами (ч. 4 ст. 20, ч. 3 ст. 318). Во всех прочих случаях обвинение поддерживает частный обвинитель;

— предусматривается отложение рассмотрения дела для подготовки к защите в связи с поступлением встречного заявления;

— первоначальное и встречное заявления излагаются в начале судебного следствия одно за другим.

Несмотря на то что мировые судьи являются судьями общей юрисдикции *субъектов* Российской Федерации, приговор мирового судьи выносится и провозглашается от имени Российской Федерации (ст. 322). Это объясняется тем, что мировые судьи входят в единую судебную систему Российской Федерации (ч. 1 ст. 1 Федерального закона «О мировых судьях в Российской Федерации»). Приговор мирового судьи, постановление мирового судьи о прекращении уголовного дела и иные его постановления могут быть обжалованы сторонами в течение 10 суток со дня его провозглашения в районный суд для рассмотрения в апелляционном порядке.

4. Полномочия мирового судьи по уголовному делу, поступившему с обвинительным актом

При поступлении к мировому судье дела с обвинительным актом после производства по нему дознания подготовка к судебному заседанию производится в общем порядке в соответствии с правилами, предусмотренными гл. 33 УПК. Однако по смыслу ч. 2 ст. 321 и в этих случаях судебное разбирательство должно быть начато не ранее 3 и не позднее 14 суток со дня поступления в суд уголовного дела. Подсудность мирового судьи по этим делам охватывает преступления, за совершение которых максимальное наказание по общему правилу не превышает 3 лет лишения свободы, за исключением преступлений, перечисленных в ч. 1 ст. 31.

ГЛАВА 25. ПРОИЗВОДСТВО ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ, РАССМАТРИВАЕМЫМ СУДОМ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

§ 1. ПОНЯТИЕ И ИСТОРИЯ СУДА С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

*Суд с участием присяжных заседателей*¹ — это такая форма организации суда, когда рассмотрение и разрешение в судебном разбирательстве одного дела осуществляется двумя раздельными судебными составами — во-первых, *жюри*, состоящим из народных представителей, и, во-вторых, *профессиональными судьями (судьей)*, причем первые разрешают вопрос о виновности подсудимого, а вторые — о применении к данному случаю норм права на основе решения (вердикта) присяжных. Таким образом, сущность суда с участием присяжных состоит в том, что разрешение вопроса о виновности является исключительной прерогативой народных представителей, а не профессиональных судей.

Предтечей современного суда присяжных в истории явились афинская гелиэя и римский суд постоянных комиссий (*квестий*). Гелиэя (от греч. *helios* — солнце) вела свое происхождение от народных собраний, проходивших лишь днем, при свете солнца, и выполнявших в глубокой древности помимо политических и судебных функций. Гелиэя выполняла переходную роль между судом народного собрания и судом присяжных. Она появилась и окрепла в результате реформ, проведенных в VI—V вв. до н.э. такими выдающимися политическими деятелями, как Солон, Клисфен, Эфиальт и Перикл. В состав гелиэи включалось по общему списку 6000 присяжных судей — гелиастов, назначавшихся ежегодно по жребию. Все гелиасты, также по жребию, разделялись на 10 отделений по 500 человек в каждом и приносили присягу. Обычно председательствовали в гелиэе особые должностные лица — *фесмофеты*. Судебному разбирательству предшествовала предварительная досудебная подготовка, в ходе которой широко практиковалось составление документов — письменное изложение показаний свидетелей, протоколов допросов; в ряде случаев применялся арест обвиняемого. Фесмофеты при необходимости содействовали сторонам в собирании доказательств, но сами, по своей инициативе, не занимались доказыванием. Затем шел этап, являвшийся, по сути, предварительным слушанием дела, в ходе которого решался вопрос о правомерности обвинения, т.е. его основательности, соблюдении при его выдвижении ряда процессуальных норм, правил о 5-летнем сроке давности уголовного преследования и т.д. Судебное разбирательство состояло из речей сторон — сначала обвинения, затем защиты, в ходе которых они представляли свои доказательства, а также голосования судей. Если голоса судей разделялись поровну, подсудимый считался оправданным. В случае обвинительного вердикта проводилось еще одно голосование о мере наказания².

¹ См. Федеральный закон от 20.08.2004 г. № 113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации».

² См.: *Чельцов-Бебутов М.А.* Курс советского уголовно-процессуального права. СПб., 1995. С. 94—108.

В Риме суд присяжных возник во II—I вв. до н. э. как суд постоянных комиссий, или квестий (лат. *quaestio* — исследование, рассмотрение). Каждой из комиссий был подсуден определенный круг дел в зависимости от рода преступлений (о должностных преступлениях, о подлогах, о злоупотреблениях на выборах, об отравлениях и т.д.). Дело рассматривалось под председательством особого претора с участием нескольких десятков присяжных (32, 41, 50, 75 человек), избираемых для каждого дела из общего годового списка (лат. *album iudicium* — именной список судей). Состав присяжных был предметом острого политического противоборства; в основном присяжными были представители высших римских сословий сенаторов и всадников. Судебному разбирательству (*in iudicio*) предшествовала досудебная подготовка (*in iure*), в ходе которой претор сообщал обвиняемому сущность обвинения и выяснял его позицию по делу. При отрицании обвиняемым своей виновности претор рассматривал вопрос о достаточности доказательств для проведения судебного разбирательства, оказывал содействие обвинителю по собиранию дополнительных доказательств и назначал время судебного заседания. Производство в суде начиналось с формирования посредством жребия состава присяжных, причем стороны имели право отвода кандидатов в присяжные. Собственно судебное разбирательство начиналось с речей сторон (сначала обвинения, затем защиты), затем следовала так называемая альтеркация (лат. *altercatio*) — взаимные краткие вопросы сторон друг другу и ответы на них для более точного выяснения позиций, после чего производилось исследование доказательств и, наконец, голосование присяжных и провозглашение вердикта. Голосование происходило тайно, но по требованию защиты могло быть и открыто. В римском суде широко использовались профессиональные защитники (патроны, лаудаторы и адвокаты), причем правом на выступление в суде имели только два первых разряда¹.

В Средние века суд присяжных был забыт. Народное представительство приняло сначала форму *мальберга* — суда, состоявшего обычно из 7—12 судных мужей (рахимбургов, скабинов, шеффенов), которые, однако, были не присяжными заседателями, а судьями, выдвигаемыми от лица общины. При этом решение выносилось ими не по внутреннему убеждению, а либо на основе очистительной присяги обвиняемого и его соприсяжников, либо на основе ордалий, в том числе судебного поединка. В дальнейшем в качестве судных мужей стали выступать представители того сословия, к которому принадлежал обвиняемый (так называемый *суд равных*, или *пэров*). Кроме того, известно так называемое обвинительное жюри, или ассиза, когда представители общины под присягой выступали коллективными свидетелями обвинения перед разъездным коронным судьей (см. об этом § 2 гл. 3 учебника).

Пионером возрождения суда присяжных была Англия, где суд присяжных по уголовным делам появился в XIII в., придя на смену обвинительному жюри, или ассизе, набрав силу в XV столетии, а к XVII в. принял вид, близкий к современному. В XVIII—XIX вв. именно он послужил образчиком для создания судов присяжных в странах континентальной Европы. Историческая миссия суда присяжных состояла в том, чтобы служить гарантией гражданского общества против политических преследований и злоупотреблений со стороны государства. По мере того как общественная жизнь входила в условия конституционализма и разделение властей становилось гарантированным и необратимым, необходимость в классическом суде присяжных, где представители народа решают судьбу дела без участия коронных судей, стала уменьшаться.

¹ Там же. С. 140—151.

XX в. во многих странах являлся свидетелем временной потери внимания к суду присяжных со стороны законодателей. Начиная с 20-х — до начала 90-х годов суд присяжных постепенно сдавал свои позиции везде, за исключением англоязычных государств, хотя и там целесообразность его сохранения порой ставилась под сомнение. Во Франции и Германии суд присяжных признается номинально, однако «присяжные» участвуют в рассмотрении дела фактически как *шеффены*, т.е. заседатели, участвующие *вместе с профессиональными судьями* в принятии всех основных решений по делу. В Италии суды первой инстанции состоят из единоличного судьи-претора, а окружные суды — из трех профессиональных судей, в Японии также не предусматривается участие в составе суда народного элемента. Финский уголовный суд состоит из юриста-председателя и трех заседателей-шеффенов, в объемных делах к рассмотрению дела может быть привлечен еще один юрист и один (четвертый) заседатель. На континенте суд присяжных наиболее долгое время продолжал существовать лишь в Австрии, где он состоял из двух отдельных коллегий — трех профессиональных судей и восьми присяжных заседателей. Однако с 1993 г. в России и с 1995 г. в Испании суд присяжных, который был упразднен в этих странах соответственно в 1917 и 1939 г., был восстановлен. В отличие от российского суда, который состоит из жюри, включающего 12 присяжных и одного профессионального судьи, испанский суд присяжных наряду с одним коронным судьей ограничивается 9 присяжными. Таким образом, можно говорить о возрождении в континентальной Европе конца XX в. определенного интереса к этому судебному институту. Это связано с тем, что суд присяжных рассматривается как важнейшая конституционная гарантия прав человека, в первую очередь на доступ к справедливому правосудию. Профессиональные судьи в силу принадлежности к государственному аппарату всегда остаются ближе к государственному обвинению, чем к защите, а потому профессиональный судья находится «под подозрением» в некоторой пристрастности и склонности к первоочередной защите именно государственных интересов. Напротив, жюри присяжных свободно от такого упрека, и условия для состязания сторон обеспечиваются здесь более полным и справедливым образом.

В России в 1996—1997 гг. судом с участием присяжных было вынесено соответственно 19,1 и 22,9% оправдательных приговоров от общего числа дел, рассмотренных в этой форме. В то же самое время всеми остальными судами было оправдано: в 1996 г. — 0,4%, а в 1997 г. — 0,43% подсудимых. В 2002 г. все суды в целом постановили 2% оправдательных приговоров, а суды присяжных — 8,7%. В 2005 г. оправдательных приговоров в судах присяжных было 17,6%, тогда как в судах областного и равного им уровня в целом — 3,6%. То есть в среднем жюри присяжных в несколько раз реже соглашалось с требованиями государственного обвинения, чем обычные суды, особенно если учесть, что количество подсудимых больше, чем количество уголовных дел. Такое колоссальное расхождение не может быть объяснено ни «ошибками» присяжных, ни «проницательностью» профессионалов. Оно продиктовано различным восприятием правосудия присяжными и профессиональными судьями. Последние фактически более склонны отождествлять свои задачи с задачами правоохранительных органов (прокуратуры и предварительного расследования), а справедливость правосудия видеть главным образом в достижении высшей цели — избавления общества от преступности, присяжные же заседатели чаще рассматривают правосудие как индивидуальную справедливость, т.е. эквивалентное воздаяние подсудимому за содеянное при условии доказанности его виновности в результате равного спора сторон.

§ 2. ПРАВО ОБВИНЯЕМОГО НА РАССМОТРЕНИЕ ЕГО ДЕЛА СУДОМ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

Обвиняемый в совершении преступления имеет конституционное право на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей в случаях, предусмотренных федеральным законом (ч. 2 ст. 47 Конституции РФ). Таким федеральным законом является Уголовно-процессуальный кодекс, согласно которому судья федерального суда общей юрисдикции и коллегия из 12 присяжных заседателей могут рассматривать по ходатайству обвиняемого уголовные дела, подсудные верховному суду республики, краевому или областному суду, суду города федерального значения, суду автономной области и суду автономного округа (ч. 3 ст. 31). Согласно ч. 2 ст. 20 Конституции РФ всякий обвиняемый в совершении особо тяжкого преступления против жизни, за которое ему по уголовному закону может быть назначена исключительная мера наказания — смертная казнь, имеет право на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей.

Уже при ознакомлении обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела по окончании предварительного следствия следователь разъясняет обвиняемому его право ходатайствовать о рассмотрении его уголовного дела судом с участием присяжных заседателей (ч. 5 ст. 217 УПК). Уголовное дело, в котором участвует несколько подсудимых, рассматривается судом с участием присяжных заседателей в отношении всех подсудимых, если хотя бы один из них (даже после поступления дела в суд) заявляет ходатайство о рассмотрении уголовного дела судом в данном составе. При наличии такого ходатайства судья обязан провести предварительное слушание. Впрочем, это не означает, что обвиняемые, возражающие против рассмотрения их дела судом с участием присяжных заседателей, лишены возможности добиться проведения судебного разбирательства без участия присяжных. Если один или несколько обвиняемых при окончании ознакомления с материалами уголовного дела заявят об отказе от суда с участием присяжных заседателей, то следователь решает вопрос о выделении уголовных дел в отношении этих обвиняемых в отдельное производство. И только при невозможности выделения уголовного дела в отдельное производство уголовное дело в целом рассматривается судом с участием присяжных заседателей.

Если подсудимый не заявил ходатайство о рассмотрении его уголовного дела судом с участием присяжных заседателей, то уголовное дело рассматривается либо коллегией из трех судей федерального суда общей юрисдикции (дела о тяжких и особо тяжких преступлениях при наличии ходатайства обвиняемого, заявленного до назначения судебного заседания), либо судьей федерального суда общей юрисдикции единолично (п. 1, 3 ч. 2 ст. 30).

§ 3. ОСОБЕННОСТИ ПРОВЕДЕНИЯ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛУШАНИЯ И ПОДГОТОВИТЕЛЬНОЙ ЧАСТИ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

Предварительное слушание в суде с участием присяжных заседателей проводится в общем порядке (см. об этом § 2 гл. 19 учебника), за исключением некоторых особенностей, которые сводятся к следующему. В постановлении о назначении уголовного дела к слушанию судом с участием присяжных заседателей судья дол-

жен определить количество кандидатов в присяжные заседатели (не менее 20), которые должны быть вызваны в судебное заседание, а также указать, открытым, закрытым или частично закрытым (и в какой части) будет судебное заседание. Постановление судьи о рассмотрении уголовного дела с участием присяжных заседателей окончательно, т.е. если в дальнейшем подсудимый заявит ходатайство об отказе от рассмотрения уголовного дела судом с участием присяжных заседателей, то оно удовлетворению не подлежит. Копии постановления о назначении судебного заседания вручаются сторонам по их ходатайству.

Подготовительная часть судебного заседания с участием присяжных заседателей проводится в общем порядке, установленном для уголовного судопроизводства (гл. 36 УПК), однако с некоторыми особенностями, связанными с участием присяжных заседателей (ст. 327 УПК). Так, после доклада о явке сторон и других участников уголовного судопроизводства секретарь судебного заседания или помощник судьи докладывает о явке кандидатов в присяжные заседатели. Списки кандидатов в присяжные заседатели, явившихся в судебное заседание, без указания их домашнего адреса вручаются сторонам. Если в судебное заседание явилось менее 20 кандидатов в присяжные заседатели, то председательствующий дает распоряжение о дополнительном вызове в суд кандидатов. Судебное разбирательство в этом случае откладывается на определенный срок.

Председательствующий разъясняет сторонам их права в судебном разбирательстве, в том числе право заявить мотивированный отвод присяжному заседателю; право подсудимого или его защитника, государственного обвинителя на немотивированный отвод присяжных заседателей; иные права сторон в суде с участием присяжных заседателей.

Во время подготовительной части кандидаты в присяжные заседатели находятся вне зала судебного заседания.

§ 4. ФОРМИРОВАНИЕ КОЛЛЕГИИ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

Формирование коллегии присяжных заседателей проходит в закрытом судебном заседании с участием явившихся кандидатов и состоит из нескольких этапов.

1. *Доведение председательствующим до сведения кандидатов в присяжные заседатели в кратком вступительном слове сведений:* о составе суда и сторон; сущности уголовного дела; предполагаемой длительности судебного разбирательства; задач, стоящих перед присяжными заседателями, и условий их участия в рассмотрении данного уголовного дела. Кроме того, председательствующий разъясняет кандидатам в присяжные заседатели их обязанность правдиво отвечать на задаваемые им вопросы, а также представить необходимую информацию о себе и об отношениях с другими участниками уголовного судопроизводства.

2. *Опрос председательствующим кандидатов в присяжные заседатели о наличии обстоятельств, препятствующих их участию в качестве присяжных заседателей в рассмотрении уголовного дела, и освобождение от исполнения обязанностей присяжных заседателей лиц:*

- не достигших к моменту составления списков кандидатов в присяжные заседатели возраста 25 лет;
- имеющих непогашенную или неснятую судимость;
- признанных судом недееспособными или ограниченными судом в дееспособности;

— состоящих на учете в наркологическом или психоневрологическом диспансере в связи с лечением от алкоголизма, наркомании, токсикомании, хронических и затяжных психических расстройств;

— подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений;

— не владеющих языком, на котором ведется судопроизводство;

— имеющих физические или психические недостатки, препятствующие полноценному участию в рассмотрении судом уголовного дела.

Лица, названные в первых четырех пунктах данного перечня, не могут быть включены в общие и дополнительные списки кандидатов в присяжные заседатели, а если все же оказались в них, то исключаются высшим исполнительным органом государственной власти субъекта РФ. Дело в том, что данные об этих лицах содержатся в соответствующих учетах и легко доступны исполнительному органу государственной власти при формировании общих и запасных списков. Три последние категории лиц имеют признаки, которые обычно не могут быть оперативно выявлены высшим органом исполнительной власти субъекта РФ (привлечение лица в качестве обвиняемого или подозреваемого) или требуют непосредственного восприятия и оценки в суде, поэтому не допускаются к участию в рассмотрении судом конкретного уголовного дела именно при составлении в суде *предварительного списка* кандидатов в присяжные.

Однако и при обнаружении секретарем судебного заседания, помощником судьи или судьей лиц, обладающих признаками, названными в пунктах 1—4, они также не включаются в предварительный список кандидатов и не допускаются к участию в рассмотрении судом конкретного уголовного дела.

В соответствии с п. 1—2 ст. 7 Федерального закона от 20.08.2004 № 113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» граждане, оказавшиеся в общем или запасном списке кандидатов в присяжные заседатели, исключаются из них высшим исполнительным органом государственной власти субъекта РФ в случаях:

1) выявления обстоятельств, указанных в ч. 2 ст. 3 названного Закона;

2) подачи гражданином письменного заявления о наличии обстоятельств, препятствующих исполнению им обязанностей присяжного заседателя, если он является:

— лицом, не владеющим языком, на котором ведется судопроизводство;

— лицом, не способным исполнять обязанности присяжного заседателя по состоянию здоровья, подтвержденному медицинскими документами;

— лицом, достигшим возраста 65 лет;

— лицом, замещающим государственные должности или выборные должности в органах местного самоуправления;

— военнослужащим;

— судьей, прокурором, следователем, дознавателем, адвокатом, нотариусом или имеющим специальное звание, сотрудником органов внутренних дел, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, службы судебных приставов, таможенных органов, органов и учреждений уголовно-исполнительной системы, а также лицом, осуществляющим частную детективную деятельность на основе специального разрешения (лицензии);

— священнослужителем¹.

¹ См. Федеральный закон от 20.08.2004 № 113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации».

Все эти лица также *в обязательном порядке* не допускаются к исполнению обязанностей присяжных заседателей и в суде и не включаются в предварительный список кандидатов либо исключаются из него.

Кроме того, *по усмотрению председательствующего могут быть* освобождены от исполнения обязанностей присяжного заседателя по их устному или письменному заявлению следующие лица, подавшие письменное заявление о наличии обстоятельств, препятствующих исполнению им обязанностей присяжного заседателя:

- лица старше 60 лет;
- женщины, имеющие ребенка в возрасте до трех лет;
- лица, которые в силу религиозных убеждений считают для себя невозможным участие в осуществлении правосудия;
- лица, отвлечение которых от исполнения служебных обязанностей может нанести существенный вред общественным или государственным интересам;
- иные лица, имеющие уважительные причины для неучастия в судебном заседании.

Решение по данному вопросу принимается судьей в соответствии при формировании коллегии присяжных заседателей лишь после заслушивания мнения сторон.

3. *Разрешение самоотводов кандидатов в присяжные заседатели.* Каждый из кандидатов в присяжные заседатели, явившихся в судебное заседание, вправе и по собственной инициативе указать на причины, препятствующие исполнению им обязанностей присяжного заседателя, а также заявить самоотвод в связи с обстоятельствами, препятствующими его участию в рассмотрении данного уголовного дела. По ходатайствам кандидатов в присяжные заседатели о невозможности их участия в судебном разбирательстве заслушиваются мнения сторон, после чего председательствующий судья принимает решение по заявленному ходатайству. Кандидаты в присяжные заседатели, ходатайства которых об освобождении от участия в рассмотрении уголовного дела удовлетворены, исключаются из предварительного списка и удаляются из зала судебного заседания.

4. *Разрешение мотивированных отводов, заявленных сторонами кандидатам в присяжные заседатели.* Председательствующий предоставляет сторонам возможность задать каждому из оставшихся кандидатов в присяжные заседатели вопросы, которые, по их мнению, связаны с выяснением обстоятельств, препятствующих участию лица в качестве присяжного заседателя в рассмотрении данного уголовного дела. Сторона защиты первой проводит опрос кандидатов в присяжные заседатели, сторона обвинения — второй. Однако стороне могут представлять несколько участников — в таком случае они по договоренности между собой устанавливают очередность участия в опросе.

После окончания опроса кандидатов в присяжные заседатели начинается обсуждение кандидатов в той последовательности, в которой они указаны в предварительном списке. Председательствующий опрашивает стороны, имеются ли у них отводы в связи с обстоятельствами, препятствующими участию лица в качестве присяжного заседателя в рассмотрении уголовного дела. Мотивированный отвод присяжному заседателю может быть заявлен государственным обвинителем, а также потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком и их представителями, подсудимым, его законным представителем и защитником по обстоятельствам, препятствующим участию лица в качестве присяжного заседателя в рассмотрении данного уголовного

дела. Стороны передают председательствующему мотивированные письменные ходатайства об отводах, не оглашая их. Эти ходатайства разрешаются постановлением судьи, которое выносится им без удаления в совещательную комнату. Отведенные кандидаты в присяжные заседатели исключаются из предварительного списка. Председательствующий доводит свое решение по мотивированным отводам до сведения сторон. Он также может довести свое решение и до сведения кандидатов в присяжные заседатели, — но это делается не для того, чтобы отведенные кандидаты в присяжные заседатели могли выдвинуть свои возражения против оснований отвода, так как решение об их отводе уже состоялось. Дело в том, что технически неудобно сообщать только сторонам о содержании решения судьи по отводам, изолировав от этого присяжных, учитывая, что они также находятся в данный момент в зале судебного заседания. Однако в том случае, если основания решения об отводе таковы (слишком одиозны, интимны и т.п.), что могут отрицательно повлиять на общее моральное состояние остальных присяжных или причинить ущерб достоинству отведенного кандидата, председательствующий не должен доводить содержание своего решения до сведения присяжных, а, удалив последних на это время из зала, сообщить о нем лишь сторонам.

5. *Пополнение списка кандидатов в присяжные заседатели.* Этот этап является факультативным и имеет место лишь в том случае, если в результате освобождения кандидатов председательствующим, рассмотрения вопросов о самоотводах и мотивированных отводах осталось менее 18 кандидатов в присяжные заседатели. Тогда председательствующий дает распоряжение о дополнительном вызове в суд кандидатов в присяжные заседатели. Если же количество кандидатов в присяжные заседатели, оставшихся в итоге всех названных действий, составит, наконец, 18 или более, то председательствующий предоставляет сторонам возможность реализовать их право на *немотивированные отводы* присяжных заседателей.

6. *Разрешение немотивированных отводов, заявленных сторонами кандидатам в присяжные заседатели.* Немотивированный отвод имеет целью устранение кандидатов в присяжные заседатели, которые, по мнению заявителя отвода, могут оказаться тенденциозными даже при отсутствии конкретных фактов их необъективности и предвзятости, которые могли бы служить в качестве мотивов для отвода. Причинами для немотивированного отвода могут быть любые общие соображения, касающиеся индивидуальных особенностей того или иного из присяжных (например, подозрения в психологической нетерпимости, склонности к скоропалительным решениям). Немотивированный отвод может быть заявлен не всеми участниками, входящими в состав сторон, а только подсудимым или его защитником, а также государственным обвинителем. Немотивированный отвод может быть заявлен названными участниками лишь дважды (п. 2 ч. 5 ст. 327), т.е. *двум* кандидатам в присяжные заседатели. При этом не имеет значения, сколько обвинителей, подсудимых и защитников принимают участие с каждой из сторон, — в целом каждая из них имеет право на немотивированный отвод только 2 кандидатов в присяжные заседатели. Однако если позволяет количество неотведенных присяжных заседателей, председательствующий может предоставить сторонам право на равное число дополнительных немотивированных отводов.

Немотивированные отводы присяжных заседателей заявляются путем вычеркивания из полученного предварительного списка фамилий отводимых кандидатов в присяжные заседатели, после чего эти списки передаются председательствующему

без оглашения фамилий отводимых присяжных. Эти списки, а также мотивированные ходатайства об отводе приобщаются к материалам уголовного дела.

Немотивированный отвод первым заявляет государственный обвинитель, который согласовывает свою позицию по отводам с другими участниками уголовного судопроизводства со стороны обвинения.

После решения всех вопросов о самоотводах и об отводах кандидатов в присяжные заседатели секретарь судебного заседания или помощник судьи по указанию председательствующего составляет *список оставшихся кандидатов* в присяжные заседатели в той последовательности, в которой они были включены в первоначальный список.

7. *Применение «правила 14»*, согласно которому в случае, если количество неотведенных кандидатов в присяжные заседатели в итоге всех описанных выше действий превышает 14, то в протокол судебного заседания, по указанию председательствующего, включаются 14 первых по списку кандидатов. Однако с учетом характера и сложности уголовного дела, по решению председательствующего, в протокол судебного заседания может быть включено большее количество запасных присяжных заседателей.

Если число оставшихся кандидатов в присяжные заседатели в результате окажется меньше 14, то недостающие кандидаты вызываются в суд дополнительно по запасному списку. В отношении вновь вызванных в суд кандидатов вопросы об их освобождении от участия в рассмотрении уголовного дела и отводах решаются в общем порядке.

После выполнения всех указанных действий председательствующий объявляет результаты отбора присяжных заседателей, не оглашая оснований, по которым те или иные кандидаты в присяжные заседатели были исключены из списка. При этом он называет фамилии, имена и отчества присяжных заседателей, занесенные в протокол судебного заседания. Первые 12 присяжных образуют коллегия присяжных заседателей по уголовному делу, а 2 (или более) последних участвуют в рассмотрении уголовного дела в качестве запасных присяжных заседателей.

После завершения формирования коллегии присяжных заседателей председательствующий предлагает 12 присяжным заседателям занять отведенное им место на скамье присяжных заседателей, которая должна быть отделена от присутствующих в зале судебного заседания и расположена, как правило, напротив скамьи подсудимых. Запасные присяжные заседатели занимают на скамье присяжных заседателей места, специально отведенные для них председательствующим. Нахождение присяжных заседателей в ходе разбирательства дела на иных местах в зале судебного заседания должно рассматриваться как существенное нарушение уголовно-процессуального закона.

Присяжные заседатели, образовавшие состав коллегии, удаляются в совещательную комнату, где открытым голосованием по большинству голосов избирают своего старшину, который: а) руководит ходом совещания присяжных заседателей; б) по их поручению обращается к председательствующему с вопросами и просьбами; в) оглашает поставленные судом вопросы, записывает ответы на них; г) подводит итоги голосования, оформляет вердикт и по указанию председательствующего провозглашает его в судебном заседании. В избрании старшины участвуют только комплектные присяжные заседатели, без присутствия запасных.

После окончания формирования коллегии присяжных и до приведения присяжных заседателей к присяге возможен *ропуск коллегии присяжных заседателей ввиду*

тенденциозности ее состава. Стороны вправе заявить, что вследствие особенностей рассматриваемого уголовного дела образованная коллегия присяжных заседателей в целом может оказаться неспособной вынести объективный вердикт. Заявление о тенденциозности образованной коллегии присяжных заседателей должно быть обосновано стороной. По сути, это мотивированный отвод всему составу присяжных, объективность которых вызывает у стороны сомнения вследствие обоснованного предположения о наличии у них предвзятого мнения; знания обстоятельств дела из непроцессуальных источников, которое может повлиять на объективность присяжных заседателей, а также по другим причинам, связанным с особенностями рассматриваемого дела. Так, например, наличие в местности, где действует суд, напряженных отношений на этнической почве может сказаться на объективности состава присяжных, если большинство из них принадлежит к иной этнической группе, чем подсудимый. Председательствующий не вправе распустить коллегия присяжных по данному основанию по своей инициативе — последняя может исходить только от сторон. Постановление председательствующего по разрешению заявления о тенденциозности коллегии присяжных должно быть мотивированным. Если заявление будет признано обоснованным, то председательствующий распускает коллегия присяжных заседателей и заново возобновляет всю подготовку к рассмотрению уголовного дела судом с участием присяжных заседателей.

В материалах уголовного дела могут содержаться сведения, составляющие государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну. В этом случае у присяжных заседателей отбирается подписка о ее неразглашении.

После избрания старшины присяжных заседателей председательствующий предлагает присяжным заседателям принять *присягу* и зачитывает им ее текст: «Приступая к исполнению ответственных обязанностей присяжного заседателя, торжественно клянусь исполнять их честно и беспристрастно, принимать во внимание все рассмотренные в суде доказательства, как уличающие подсудимого, так и оправдывающие его, разрешать уголовное дело по своему внутреннему убеждению и совести, не оправдывая виновного и не осуждая невиновного, как подобает свободному гражданину и справедливому человеку». Принятие присяги состоит в том, что каждый заседатель (в том числе и запасные) на обращение к нему председательствующего отвечает: «Я клянусь». Принесение присяги служит одной из существенных гарантий добросовестного и объективного отношения присяжных к исполнению своих обязанностей. При отказе присяжного принять присягу он отстраняется председательствующим от участия в судебном заседании и заменяется запасным заседателем. О принятии присяги делается отметка в протоколе судебного заседания. Все присутствующие в зале суда выслушивают текст присяги и ее принятие стоя. Затем председательствующий разъясняет присяжным заседателям их права и обязанности.

Коллегия присяжных заседателей, образованная в результате названных процедур, на протяжении дальнейшего судебного разбирательства уже не может быть изменена. Исключение составляют лишь случаи, когда в ходе судебного разбирательства выяснится, что кто-либо из присяжных заседателей не может продолжать участвовать в судебном заседании (например, по состоянию здоровья) или отстраняется судьей от участия в судебном заседании ввиду неисполнения им своих обязанностей. Тогда он заменяется запасным присяжным заседателем. Если невозможность участия в судебном заседании кого-либо из присяжных заседателей выявится во время вынесения вер-

дикта, то присяжные заседатели должны вернуться в зал судебного заседания, где председательствующий решает вопрос о замене присяжного заседателя и пополнении коллегии из числа запасных. После этого присяжные удаляются для дальнейшего обсуждения вердикта. Замена выбывшего комплектного присяжного заседателя запасным не влечет за собой возобновления судебного следствия, поскольку все присяжные (как комплектные, так и запасные) имеют в судебном разбирательстве одинаковые права, в том числе право участвовать в исследовании доказательств, задавать вопросы допрашиваемым лицам через председательствующего, участвовать в осмотре вещественных доказательств, документов и производстве иных следственных действий и т.д.

§ 5. ПРАВА, ОБЯЗАННОСТИ И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

В ходе судебного следствия присяжные, в том числе запасные, в соответствии со ст. 333 УПК вправе:

— участвовать в исследовании всех обстоятельств дела в производстве следственных действий, в том числе задавать через председательствующего вопросы допрашиваемым лицам, осматривать вещественные доказательства, а также знакомиться с документами. Вопросы излагаются присяжными заседателями в письменном виде и подаются председательствующему через старшину. Эти вопросы формулируются председательствующим и могут быть им отведены как не относящиеся к предъявленному обвинению. Вопросы присяжных подлежат занесению в протокол судебного заседания. При этом следует учитывать, что согласно ч. 3 ст. 275 судья задает вопросы подсудимому лишь после его допроса сторонами. Представляется, что по аналогии закона это правило распространяется и на присяжных заседателей;

— в любой момент до вынесения ими вердикта просить председательствующего разъяснить нормы закона, относящиеся к уголовному делу, содержание оглашенных в суде документов и другие неясные для них вопросы и понятия. Представляется, что присяжные могут потребовать выполнения указанных действий и по окончании судебного следствия или судебных прений и даже после произнесения председательствующим напутственного слова. Они могут также потребовать: разъяснить им какое-либо обстоятельство или задать вопросы подсудимому, свидетелю, потерпевшему и т.д., дополнительно осмотреть вещественное доказательство, прочесть документ. Если такие требования заявлены по окончании судебного следствия, председательствующий возобновляет его для исследования поднятого присяжными вопроса;

— если в ходе совещания присяжные заседатели придут к выводу о необходимости получить от председательствующего дополнительные разъяснения по поставленным вопросам, возвращаться в зал судебного заседания из совещательной комнаты, а старшина обращается к председательствующему с соответствующей просьбой. В случае возникновения у присяжных заседателей во время совещания сомнений по поводу каких-либо фактических обстоятельств уголовного дела, имеющих существенное значение для ответов на поставленные вопросы и требующих дополнительного исследования, они также возвращаются в зал судебного заседания, и старшина обращается с соответствующей просьбой к председательствующему. Предоставление возможности осмотреть вещественное доказательство, прочесть документ не всему со-

ставу присяжных, а только старшине, который затем передает им результаты осмотра или прочтения, недопустимо и является существенным нарушением закона;

— вести собственные записи и пользоваться ими при подготовке в совещательной комнате ответов на поставленные перед присяжными заседателями вопросы. Однако присяжные не могут иметь при себе книг, включая тексты законов, а также какие-либо письменные руководства.

Присяжные заседатели не вправе:

— отлучаться из зала судебного заседания во время слушания уголовного дела. Присяжные заседатели не имеют права не только отлучаться из зала судебного заседания, но и покидать здание суда во время перерыва в судебном заседании или уходить из комнаты присяжных заседателей в другое помещение, где могут находиться посторонние лица. По завершении образования коллегии присяжных заседателей комплектные и запасные присяжные заседатели по предложению председательствующего занимают отведенные им места на скамье присяжных заседателей, отделенной от присутствующих в зале судебного заседания. Нахождение присяжных заседателей в ходе разбирательства дела на иных местах в зале судебного заседания должно рассматриваться как существенное нарушение уголовно-процессуального закона;

— общаться с любыми лицами, не входящими в состав суда, по поводу обстоятельств рассматриваемого уголовного дела. Присяжные заседатели могут общаться лишь с председательствующим и только по поводу обстоятельств рассматриваемого уголовного дела и только в установленных законом рамках судебного заседания. Если, например, председательствующий вступил в тихий разговор с одним из присяжных, задержав его, когда остальные заседатели уже прошли в свою комнату, это может рассцениваться как нарушение данной обязанности.

Возникает вопрос: вправе ли председательствующий при необходимости (например, для проверки сделанных им распоряжений; при подозрении в нарушении присяжными их обязанностей; в случае внезапного заболевания кого-либо из присяжных) войти во время перерыва в судебном заседании в комнату присяжных? Думается, что он может это сделать, но лишь предварительно предупредив стороны, либо, при отсутствии их в данный момент в помещении суда, объявив о факте такого контакта при возобновлении судебного заседания. При этом в протокол судебного заседания следует занести причины и обстоятельства, заставившие его сделать это;

— высказывать свое мнение по рассматриваемому уголовному делу до обсуждения вопросов при вынесении вердикта. Этот запрет действует как в судебном заседании, так и во время перерывов и при отложении судебного разбирательства. До указанного момента присяжные не должны высказывать свое мнение даже друг другу — в противном случае это может привести к их замене;

— собирать сведения по уголовному делу вне судебного заседания (выходить для ознакомления с местом происшествия, беседовать со свидетелями, изучать информацию, полученную от СМИ, с целью выяснения подробностей по данному делу и т.д.). Однако и во время судебного заседания они могут получать относящуюся к делу информацию только в установленных процессуальных формах. Так, например, недопустимы вопросы присяжного заседателя свидетелю уже после дачи свидетелем показаний. Запрет присяжным на непроцессуальное получение сведений начинает действовать лишь с того момента, когда они приняли на себя выполнение своих обязанностей. Не

является нарушением данной нормы *непреднамеренное* получение присяжным сведений, от восприятия которых он не имел возможности уклониться (передача их по радио или телевидению и т.п.);

— нарушать тайну совещания и голосования присяжных заседателей по поставленным перед ними вопросам. Случайная передача председательствующему старшиной присяжных вместе с ответами на поставленные вопросы также листа с обозначением на нем против фамилий каждого из присяжных данных им ответов может рассматриваться как нарушение тайны совещания и голосования присяжных. Если же при этом ответы конкретных присяжных были помечены таким образом, что это допускает различное толкование (крестики и т.п.), это не может расцениваться как разглашение этой тайны.

В случае нарушения указанных обязанностей присяжный заседатель по инициативе судьи или по ходатайству любой из сторон может быть отстранен от дальнейшего участия в рассмотрении уголовного дела и заменен запасным.

§ 6. ОСОБЕННОСТИ СУДЕБНОГО СЛЕДСТВИЯ И ПРЕНИЙ СТОРОН В СУДЕ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

Судебное следствие в суде с участием присяжных заседателей ведется в общем порядке с учетом определенных особенностей. Оно начинается со *вступительных заявлений* государственного обвинителя и защитника. В своем вступительном заявлении государственный обвинитель излагает существо предъявленного обвинения и определяет порядок исследования представленных им доказательств. Защитник также высказывает согласованную с подсудимым позицию по предъявленному обвинению и определяет порядок исследования представленных им оправдывающих доказательств.

Законом установлены существенные изъятия, касающиеся предмета доказывания по уголовным делам, рассматриваемым в суде присяжных. Прежде всего, с их участием не могут исследоваться вопросы, имеющие отношение к *назначению наказания*, так как это компетенция судьи. Так, данные о личности подсудимого исследуются с участием присяжных заседателей лишь в той мере, в какой они охватываются квалификацией преступления, в совершении которого он обвиняется. Иное может вызвать предубеждение присяжных при решении вопроса о виновности — ведь она зависит лишь от содеянного, а не от того, как проявлял себя подсудимый ранее, до момента совершения инкриминируемого деяния. Запрещается исследовать и факты прежней судимости. В некоторых составах преступлений предусмотрен специальный субъект — *совершение преступления ранее судимым лицом* (например, похищение человека, предусмотренное п. «б» ч. 3 ст. 126 УК РФ), однако это обстоятельство не может исследоваться в присутствии присяжных, которые должны дать ответ на вопрос, виновен ли подсудимый в совершении конкретного деяния (в данном примере — похищения человека, независимо от наличия или отсутствия судимости субъекта). С участием присяжных не могут исследоваться такие обстоятельства, как факт признания подсудимого хроническим алкоголиком или наркоманом, а также любые иные данные, способные вызвать предубеждение присяжных в отношении подсуди-

мого (ч. 8 ст. 335), в том числе смягчающие и отягчающие наказание обстоятельства, причинение имущественного или морального вреда, если только от наличия или отсутствия последних не зависит решение вопроса о виновности.

Председательствующий вправе и обязан исключить недопустимые доказательства не только в стадии предварительного слушания, но и в стадии судебного разбирательства (ч. 5 ст. 335). Вопрос об исключении недопустимых доказательств решается им в отсутствие присяжных заседателей, которые на это время должны быть удалены из зала судебного заседания. Если при этом возникнет необходимость проверки данных о нарушении закона при получении таких доказательств путем проведения следственных действий, оглашения документов, то это также должно происходить в отсутствие присяжных, поскольку по общему смыслу закона суд не должен знакомить присяжных заседателей с содержанием недопустимых доказательств. При обсуждении вопроса об исключении недопустимых доказательств судья выясняет у другой стороны, имеются ли у нее возражения против данного ходатайства; при отсутствии возражений судья удовлетворяет заявленное ходатайство. Также по ходатайству заинтересованной стороны допрашиваются свидетели, которым могут быть известны обстоятельства производства следственных действий, изъятия и приобщения к уголовному делу документов, допустимость которых оспаривается (ч. 4 ст. 88, ч. 5, 8 ст. 234).

Прения сторон в суде с участием присяжных заседателей проводятся в общем порядке, за некоторыми исключениями (ст. 336). Они проводятся лишь в пределах, определяемых вопросами, составляющими компетенцию присяжных, а именно: а) доказано ли, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый; б) доказано ли, что деяние совершил подсудимый; в) виновен ли подсудимый в совершении этого преступления; г) заслуживает ли он снисхождения (п. 1, 2, 4 ст. 299, ч. 1 ст. 334).

При этом стороны в своих речах не вправе:

— ссылаться на показания подозреваемого, обвиняемого, свидетелей, потерпевших и других участников процесса, данные на предварительном следствии, но не исследованные в судебном следствии. Нельзя признать не исследованным в судебном заседании обстоятельство, если председательствующим или присяжным заседателем был предложен подсудимому, свидетелю и т.д. какой-либо относящийся к этому обстоятельству вопрос. Вместе с тем стороны вправе ссылаться в судебных прениях на общеизвестные факты, даже если они ранее не упоминались;

— указывать на противоречие устных показаний в судебном разбирательстве с показаниями того же лица на предварительном следствии, если последние не были оглашены в судебном заседании;

— ставить под сомнение показания подсудимого, свидетеля или потерпевшего, указывая на такие порочащие обстоятельства, которые не упоминались (или не должны были упоминаться) при установлении его личности или допросе в судебном заседании;

— противопоставлять заключению эксперта мнения известных в науке или судебной практике специалистов (например, из трудов по криминалистике, судебной медицине), если они не приводились во время судебного следствия.

К судебным прениям примыкает произнесение их участниками реплик и произнесение подсудимым последнего слова.

Судебные прения не завершают процесс судебного разбирательства и не предшествуют вынесению приговора. Вслед за ними начинается сложный и ответственный

этап постановки вопросов, подлежащих разрешению присяжными заседателями, и вынесения ими своего вердикта. При обсуждении последствий вердикта судебное следствие и судебные прения по вопросам, не исследованным с участием присяжных, возобновляются.

§ 7. СООТНОШЕНИЕ ПОЛНОМОЧИЙ СУДЬИ И ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ. СОДЕРЖАНИЕ ВОПРОСОВ ПРИСЯЖНЫМ ЗАСЕДАТЕЛЯМ И ПОРЯДОК ИХ ПОСТАНОВКИ

1. Соотношение полномочий судьи и присяжных заседателей

Разделение состава суда на коллегия присяжных заседателей и профессионального судью надежно обеспечивает независимость судебной деятельности. Однако то же разделение скрывает в себе и потенциальную опасность, состоящую в возможном противопоставлении народного и профессионального элементов суда. В результате подобного подхода судебная деятельность механически разделяется на две части — область *фактов* и область *права*, причем разрешение вопросов факта относят исключительно к ведению присяжных, вопросов права — профессионального судьи. Это привело к выдвиганию так называемой *теории права и факта*, которая, возникнув почти одновременно с судом присяжных, имеет своих сторонников и по сей день¹.

Вместе с тем в науке уголовного процесса существует и противоположная точка зрения, согласно которой присяжных по самой природе судебной деятельности невозможно совершенно устранить от решения правовых вопросов. Так, профессор И.Я. Фойницкий писал о теории права и факта: «Теория эта неверна ввиду невозможности установить точные границы ведомства между присяжными заседателями, с одной стороны, и коронными судьями — с другой, так как в действительности области права и факта соприкасаются и незаметно переходят одна в другую»².

В самом деле, вопрос о виновности, вопросы, связанные с наличием или отсутствием квалифицирующих признаков состава преступления, обстоятельств, влияющих на степень виновности, обстоятельств, исключающих уголовную ответственность подсудимого, таких, например, как необходимая оборона, крайняя необходимость и др., которые могут ставиться присяжным заседателям, имеют непосредственно правовое *содержание* и часто определяют юридическую оценку по делу.

¹ «Назначение суда с участием присяжных заседателей, — говорится в одном из авторитетных комментариев к УПК РФ, — состоит в том, что вопросы факта решают присяжные заседатели самостоятельно, а вопросы юридической квалификации на основании фактов, установленных присяжными заседателями, решаются судьей, председательствующим по делу» (см. Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. М.: Спарк, 2002. С. 569).

² Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 364. В современной российской литературе аналогичной позиции придерживаются многие авторы: Алексеева Л.Б. Производство в суде присяжных // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / отв. ред. П.А. Лупинская. С. 462; Петрухин И.Л. Производство в суде с участием присяжных заседателей // Уголовный процесс : учебник. М., 2001. С. 391, и др.

Однако, с другой стороны, ничем не ограниченное признание за присяжными заседателями права решать не только вопросы факта, но и вопросы права способно привести к конфликту решений суда присяжных с принципом законности. Так, вопрос о виновности, ставящийся на разрешение присяжных, иногда рассматривается не как вопрос о *вине (умысле или неосторожности)*, но как вопрос о том, *следует ли подвергнуть подсудимого наказанию*, несмотря даже на то, что совершение данного преступления *именно подсудимым* было до этого признано присяжными доказанным. В нашей дореволюционной литературе эту позицию наиболее отчетливо сформулировал С.И. Викторский: «...Отвечая на вопрос: “виновен ли субъект в содеянном”, — люди всегда будут сообразовываться с будущей ответственностью этого субъекта; ведь “виновен” означает “следует покарать”, и если я знаю, что за моим утвердительным ответом о виновности последует заключение подсудимого в тюрьму на три месяца, то смело и со спокойной душой скажу: “да”, а если этого субъекта ожидает каторга до восьми лет, то по совести произнесу: “нет”»¹. Аналогичного взгляда продолжают придерживаться и некоторые современные авторы². В результате получается, что подсудимый может быть одновременно признан вердиктом присяжных *совершившим деяние, содержащее все признаки состава преступления*, но освобожден от уголовной ответственности и наказания без законных для этого оснований, которые указаны в ст. 75—78, 84, 85 УК РФ, — единственно ввиду мнения присяжных о *нецелесообразности* наказывать лицо за совершение хотя бы и уголовно противоправного поступка.

Однако УПК РФ не дает оснований для подобных выводов. Так, в ст. 299, где речь идет о вопросах, разрешаемых любым судом при постановлении приговора, вопрос о том, *виновен ли подсудимый* в совершении этого преступления (п. 4 ч. 1), недвусмысленно отделен законодателем от вопроса о том, *подлежит ли подсудимый наказанию* за совершенное им преступление (п. 5 ч. 1). Причем последний вопрос в суде с участием присяжных заседателей принадлежит к исключительной компетенции председательствующего (ч. 2 ст. 334). Таким образом, вопрос о виновности никак не может быть сведен к вопросу о наказуемости преступления. Из того обстоятельства, что присяжные не должны мотивировать свой вердикт, вовсе не вытекает, что они наделены правом по своему усмотрению освобождать от уголовной ответственности и наказания лиц, совершивших преступления. Их вердикт должен соответствовать требованиям материального уголовного права, что подтверждается обязанностью судьи в напутственном слове разъяснить присяжным содержание уголовного закона, предусматривающего ответственность за совершение деяния, в котором обвиняется подсудимый (п. 2 ч. 3 ст. 340).

Границу между тем, что вправе и чего не вправе решать присяжные, следует проводить не *по содержанию*, а *по форме* ставящихся перед ними вопросов. Можно сказать, что искусство председательствующего судьи при постановке вопросов присяж-

¹ Викторский С.В. Русский уголовный процесс. М., 1997. С. 51.

² См.: Борзенков Г.Н. Суд присяжных и уголовный закон // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 1994. № 4. С. 37; Пашин С.А. Постановка вопросов перед коллегией присяжных заседателей в суде // Состязательное правосудие: Труды научно-практических лабораторий / под ред. С.А. Пашина и Л.М. Карнозовой. М.: Международный комитет содействия правовой реформе, 1996. Вып. 1. Ч. 1. С. 90; Карнозова Л.М. Возрожденный суд присяжных. Замысел и проблемы становления. С. 229—230.

ным заключается в том, чтобы по возможности *лишить правовое содержание вопросов юридической формы*. Иначе говоря, вопросы должны ставиться простым, понятным для непрофессионалов языком, в общеупотребительных выражениях, раскрывающих содержание юридических дефиниций, однако соответствуя при этом по объему всем признакам состава преступления, заключенным в инкриминируемом деянии. Собственно же *юридическая оценка* ответов установленных присяжными обстоятельств относится к компетенции судьи. Это значит, что судья-профессионал квалифицирует эти обстоятельства с точки зрения норм уголовного закона, возвращая им определенную юридическую форму.

2. Постановка основных вопросов коллегии присяжных заседателей

Согласно ч. 1 ст. 334 и ч. 1 ст. 339 УПК на разрешение присяжных ставятся следующие вопросы:

- доказано ли, что деяние имело место;
- доказано ли, что его совершил подсудимый;
- виновен ли подсудимый в совершении этого деяния;
- заслуживает ли он снисхождения.

Прежде всего формулируется вопрос, доказано ли, что в определенном месте в определенное время имело место событие, образующее конкретное деяние: например, *доказано ли, что в таком-то месте в такое-то время гражданину Н. было нанесено 17 колото-резаных ранений ножом в область грудной клетки и живота, что повлекло его смерть на месте происшествия*.

Далее формулируется вопрос, доказано ли, что данное деяние совершил подсудимый: например, *если на первый вопрос дан положительный ответ, доказано ли, что в такое-то время в таком-то месте подсудимый М. имевшимся у него ножом нанес Н. 17 колото-резаных ранений ножом в область грудной клетки и живота, что повлекло его смерть на месте происшествия*.

После этого формулируется вопрос, виновен ли подсудимый в совершении определенного совершенного им деяния, признанного фактически имевшим место по результатам положительных ответов на два предшествующих вопроса: например, *если на первый и второй вопросы дан положительный ответ, доказано ли, что подсудимый М., нанося ножевые ранения Н., осознавал общественную опасность своих действий, предвидел возможность наступления смерти Н. и желал лишить его жизни*.

Когда фабула совершенного деяния несложна, указанные три вопроса могут быть объединены в один основной вопрос, например: *доказано ли, что подсудимый М. в такое-то время в таком-то месте, осознавая общественную опасность своих действий, предвидя возможность наступления смерти Н. и желая лишить его жизни, имевшимся у него ножом нанес Н. 17 колото-резаных ранений ножом в область грудной клетки и живота, что повлекло его смерть на месте происшествия*.

Вопрос о том, заслуживает ли подсудимый снисхождения, ставится лишь в случае признания подсудимого виновным.

В соответствии с ч. 5 ст. 339 УПК перед коллегией присяжных заседателей не могут ставиться вопросы, требующие от присяжных заседателей юридической квалификации статуса подсудимого (вопрос о его судимости), а также собственно юридической, т.е. уголовно-правовой, оценки при вынесении присяжными заседателями своего вер-

дикта. Исходя из этого недопустима постановка вопросов с использованием таких юридических терминов, как, например: организованная группа, умышленное или неосторожное убийство, умышленное убийство с особой жестокостью, умышленное убийство из хулиганских или корыстных побуждений, иные тяжкие последствия, терроризм, бандитизм и т.п. Они должны раскрываться в вопросном листе в доступных пониманию присяжных формулировках, освещающих тем не менее все содержащиеся в них юридически значимые признаки.

Вопросы, подлежащие разрешению присяжными заседателями, ставятся в отношении каждого подсудимого отдельно. Если подсудимый обвиняется в совершении нескольких преступлений, образующих реальную совокупность, то вопросы ставятся по каждому преступлению. Когда же одно деяние квалифицируется по нескольким статьям Уголовного кодекса (идеальная совокупность преступлений), вопросы перед присяжными ставятся по деянию в целом, а не по каждому из преступлений, поскольку юридическая квалификация содеянного относится к полномочиям судьи (п. 3 ч. 1 ст. 299).

Поскольку в силу п. 5 ч. 3 ст. 340 выводы присяжных заседателей не могут основываться на предположениях, перед ними не должны ставиться вопросы о *вероятности виновности* подсудимого в совершении деяния.

Может иметь место постановка присяжным вопросов, позволяющих установить виновность подсудимого *в совершении менее тяжкого преступления*. При этом необходимо учитывать, что в соответствии с ч. 2 ст. 338 судья не вправе отказать подсудимому или его защитнику в постановке такого рода вопросов. Однако эти вопросы допускаются лишь при том обязательном условии, если при ответе на них объективно не нарушается право подсудимого на защиту. Как известно, право на защиту может быть нарушено, если новое, пусть даже менее тяжелое, обвинение существенно отличается *по фактическим обстоятельствам* от обвинения, предъявленного на предварительном следствии (о недопустимости поворота обвинения к худшему см. § 1 гл. 21 учебника). То есть вопросы об обстоятельствах совершения подсудимым менее тяжкого преступления могут быть поставлены только тогда, когда фактически эти обстоятельства уже были предъявлены данному лицу в ходе предварительного следствия при привлечении его в качестве обвиняемого, хотя и при юридической квалификации по более тяжкому преступлению.

3. Постановка частных вопросов коллегии присяжных заседателей

Согласно ч. 3 ст. 339 после основного вопроса о виновности подсудимого могут (и, следует добавить, непременно должны, когда это вытекает из результатов судебного следствия и прений сторон) ставиться так называемые *частные вопросы* об обстоятельствах, которые:

- влияют на степень виновности;
- изменяют ее характер;
- исключают ответственность подсудимого за содеянное.

Необходимо, однако, иметь в виду, что под обстоятельствами, которые влияют на *степень виновности* или *изменяют ее характер*, в данном случае не могут пониматься обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание (ст. 61, 63 УК РФ), по-

сколько в силу прямого указания п. 6 ч. 1 ст. 299 и ч. 2 ст. 334 УПК их разрешение относится к исключительным полномочиям судьи. Под обстоятельствами, влияющими на степень виновности или изменяющими ее характер, вопросы о которых *могут* ставиться присяжным заседателям, следует, на наш взгляд, понимать: а) мотивы совершения преступления (за исключением тех, которые в силу ч. 1 ст. 61 или ст. 63 УК РФ принадлежат к обстоятельствам, смягчающим либо отягчающим наказание, — например, мотив сострадания, мотивы национальной, расовой, религиозной ненависти или вражды, мести за правомерные действия других лиц, либо признаются председательствующим судьей смягчающими обстоятельствами в силу ч. 2 ст. 61 УК РФ); б) цели совершения преступления (опять же если эти цели не относятся к числу смягчающих или отягчающих обстоятельств); в) состояние эмоционально-волевой сферы подсудимого в момент совершения преступления (при том же условии).

Необходимо учесть, что такие обстоятельства, как наличие у *вменяемого* лица психического расстройства, из-за которого оно не могло в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий либо руководить ими (так называемая ограниченная вменяемость — ст. 22 УК РФ), хотя и относятся по своей природе к кругу влияющих на степень виновности, все же не могут быть предметом постановки вопросов присяжным. Дело в том, что эти обстоятельства учитываются судом при назначении наказания, т.е. являются смягчающими наказание, следовательно, вопросы о них разрешаются не присяжными заседателями, а судьей единолично.

Если же в процессе разбирательства дела судом присяжных будут выявлены обстоятельства, указывающие на то, что подсудимый в момент совершения деяния был *невменяем* либо что после совершения преступления у подсудимого наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение или исполнение наказания, председательствующий судья выносит постановление о прекращении рассмотрения дела с участием присяжных заседателей и рассмотрении его по правилам производства о применении принудительных мер медицинского характера (гл. 51 УПК). Это означает, что в вопросы, которые ставятся на разрешение присяжных заседателей, не может быть добавлен вопрос, касающийся наличия у подсудимого психического расстройства или иного болезненного состояния психики, полностью лишаящего его возможности отдавать себе отчет в своих действиях или руководить ими.

Представляется, что в формулировке частных вопросов, которая дана в ч. 3 ст. 339 УПК, содержится неточность. Здесь говорится, что к числу частных вопросов, которые ставятся присяжным заседателям, принадлежит вопрос об обстоятельствах, которые *влекут освобождение подсудимого от ответственности*. Но парадокс состоит в том, что вопросы присяжным заседателям об обстоятельствах, которые *влекут за собой освобождение подсудимого от ответственности*, не могут включать в себя вопросы об обстоятельствах, указанных в п. 3—6 ч. 1, ч. 2 ст. 24, п. 3—7 ч. 1 ст. 27, ст. 25 и 28 УПК и в разд. IV УК РФ («Освобождение от уголовной ответственности и наказания»), поскольку они относятся к полномочиям судьи, прекращающего при их наличии уголовное дело (ст. 254, п. 1 ст. 350 УПК). Таким образом, эти вопросы (которые связаны с освобождением подсудимого от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности уголовного преследования, ввиду акта амнистии, в связи с примирением сторон, деятельным раскаянием и т.д.) не должны ставиться присяжным заседателям. Другое дело — вопросы о таких обстоятельствах, как необходимая оборона, крайняя необходимость, физическое или психическое принуждение и др., указанных в гл. 8 УК РФ («Обстоятель-

ства, исключающие преступность деяния»). Они могут ставиться (в понятных присяжным заседателям, «неюридических» формулировках), однако не являются обстоятельствами, влекущими *освобождение* подсудимого от ответственности, поскольку вообще *исключают* ее вместе с преступностью деяния.

§ 8. НАПУТСТВЕННОЕ СЛОВО ПРЕДСЕДАТЕЛЬСТВУЮЩЕГО

Напутственное слово — это заключительное объяснение председательствующего судьи присяжным заседателям, представляющее собой краткое изложение обвинения, исследованных в суде доказательств и позиций государственного обвинителя и защиты, а также юридическое наставление присяжным заседателям. Главная цель напутственного слова — способствовать тому, чтобы присяжные заседатели уяснили себе существо дела, и предостеречь их от всякого увлечения в обвинении или оправдании подсудимого. Содержание напутственного слова, с которым председательствующий обращается к присяжным заседателям перед удалением их в совещательную комнату для вынесения вердикта, должно соответствовать требованиям, изложенным в ч. 2—4 ст. 340 УПК. В напутственном слове председательствующий:

— приводит содержание обвинения. При этом он должен сформулировать обвинение, поддержанное государственным обвинителем в окончательной форме. Если в уголовном деле участвует несколько подсудимых, он разъясняет, в чем обвиняется каждый из них;

— сообщает содержание уголовного закона, предусматривающего ответственность за совершение деяния, в котором обвиняется подсудимый. Сообщая содержание уголовного закона, предусматривающего ответственность за совершение деяния, в котором обвиняется подсудимый, председательствующий в понятных для присяжных выражениях раскрывает не только его диспозицию, но и санкцию. Это дает присяжным возможность составить себе ясное и точное представление о значении выносимого ими вердикта. Если они не представляют, какое наказание грозит подсудимому, вердикт может быть постановлен без осознания его реальных последствий. При постановке в вопросном листе вопросов, позволяющих установить виновность подсудимого в совершении деяния, которое квалифицируется по закону, предусматривающему ответственность за менее тяжкое преступление, председательствующий наряду с содержанием уголовного закона, предусматривающего ответственность за совершение деяния, в котором обвиняется подсудимый, должен сообщить присяжным заседателям содержание и этого закона;

— напоминает об исследованных в суде доказательствах, как уличающих подсудимого, так и оправдывающих его, не выражая при этом своего отношения к этим доказательствам и не делая выводов из них. Председательствующий не повторяет содержание исследованных в судебном разбирательстве доказательств, но лишь *напоминает* о них присяжным заседателям, приводя в напутственном слове самое существенное из их *содержания*. При этом он не должен выражать свое отношение к достоверности и силе доказательств, но может затрагивать вопросы их относимости и допустимости. Последнее возможно только в том случае, если вопрос о недопустимости доказательства был поднят и разрешен в ходе судебного разбирательства.

Председательствующий при этом обращает внимание присяжных заседателей на то, что они не вправе учитывать такое доказательство при вынесении вердикта;

— излагает позиции государственного обвинителя и защиты. Позиции государственного обвинителя и защиты, которые председательствующий резюмирует для присяжных заседателей, — это отношение государственного обвинителя, подсудимых и защитников к обвинению, анализ и оценка ими исследованных в суде доказательств и предложения присяжным по вопросам, входящим в их компетенцию. Председательствующий разъясняет присяжным, что логические доводы и аргументы, которые стороны использовали при отстаивании своих позиций, не являются доказательствами и не обязательны для присяжных, которые принимают решение лишь по своему внутреннему убеждению, руководствуясь при этом законом и совестью;

— разъясняет присяжным основные правила оценки доказательств в их совокупности; сущность принципа презумпции невиновности; положение о толковании неустраненных сомнений в пользу подсудимого; положение о том, что их вердикт может быть основан лишь на тех доказательствах, которые непосредственно исследованы в судебном заседании; никакие доказательства для них не имеют заранее установленной силы; их выводы не могут основываться на предположениях, а также на доказательствах, признанных судом недопустимыми;

— обращает внимание коллегии присяжных заседателей на то, что отказ подсудимого от дачи показаний или его молчание в суде не имеют юридического значения и не могут быть истолкованы как свидетельство виновности подсудимого;

— разъясняет порядок совещания присяжных заседателей, подготовки ответов на поставленные вопросы, голосования по ответам и вынесения вердикта;

— напоминает присяжным заседателям содержание данной ими присяги и обращает их внимание на то, что в случае вынесения обвинительного вердикта они могут признать подсудимого заслуживающим снисхождения.

При произнесении напутственного слова председательствующему запрещается в какой-либо форме выражать свое мнение по вопросам, поставленным перед коллегией присяжных заседателей.

Государственный обвинитель, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители, подсудимый и его защитник вправе заявить в судебном заседании возражения в связи с содержанием напутственного слова председательствующего по мотивам нарушения им принципа объективности и беспристрастности. В протоколе судебного заседания должно быть указано, заявлены или не заявлены сторонами возражения в связи с содержанием напутственного слова. Если напутственное слово изложено в письменном виде, оно в полном объеме должно быть приобщено к делу. В этом случае в протоколе судебного заседания достаточно сделать запись о произнесении председательствующим напутственного слова и отметку о приобщении напутственного слова в письменном виде к делу. По смыслу закона, под нарушением председательствующим принципа объективности и беспристрастности при произнесении напутственного слова следует понимать, в частности, напоминание присяжным заседателям только уличающих или только оправдывающих подсудимого доказательств, исследованных в суде; дачу им оценки силы и достоверности доказательств, выражение в какой-либо форме своего мнения по вопросам, поставленным перед коллегией присяжных заседателей.

§ 9. ПОРЯДОК ВЫНЕСЕНИЯ И ПРОВОЗГЛАШЕНИЯ ВЕРДИКТА ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ

1. Удаление присяжных заседателей в совещательную комнату для вынесения вердикта. Тайна совещания

После произнесения председательствующим напутственного слова коллегия присяжных заседателей удаляется в совещательную комнату для вынесения вердикта. Если государственный обвинитель, а также потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители, подсудимый и его защитник заявили в судебном заседании возражения в связи с содержанием напутственного слова председательствующего, присяжные заседатели заслушивают также и эти возражения.

В совещательную комнату для вынесения вердикта удаляются только комплектные присяжные заседатели, а запасные остаются в зале судебного заседания. Присутствие в совещательной комнате каких-либо других лиц, кроме коллегии присяжных заседателей, не разрешается (ст. 341 УПК).

Поскольку российское законодательство не имеет института тайной подачи присяжными своих голосов, имеющегося в некоторых зарубежных процессуальных системах, действует правило *тайны совещательной комнаты*, по которому присяжные заседатели не могут разглашать суждения, имевшие место во время совещания. Это служит гарантией присяжным заседателям от мести со стороны осужденного и его окружения и обеспечивает независимость их суждений. Присяжные заседатели, так же как и судьи, не могут быть допрошены в качестве свидетелей об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с участием в производстве по уголовному делу (п. 2 ч. 3 ст. 56).

Присяжным заседателям во время совещания не предоставляются в совещательную комнату вещественные доказательства и документы, являющиеся доказательствами по данному делу, однако они вправе использовать записи, которые делали во время судебного заседания.

С наступлением ночного времени, т.е. 22 часов по местному времени, присяжные вправе прервать совещание. Они могут также, испросив разрешение председательствующего, прервать совещание для отдыха по окончании рабочего времени, установленного трудовым законодательством.

2. Порядок проведения совещания и голосования в совещательной комнате

Совещание присяжных проходит под председательством старшины. Старшина ставит на обсуждение вопросы лишь в той последовательности, которая установлена вопросным листом, т.е. пока не решен предыдущий вопрос, присяжные не вправе переходить к следующему. Это также означает, что присяжные не вправе вернуться к обсуждению какого-либо из вопросов, по которому уже состоялось голосование. Ответы на вопросы вносятся старшиной присяжных заседателей в подписанный судьей вопросный лист непосредственно после голосования по каждому из соответствующих вопросов, поэтому переоформление результатов голосования невозможно. Сам старшина голосует в последнюю очередь.

Присяжные заседатели открыто голосуют по списку, составленному при формировании их коллегии. Никто из присяжных заседателей не вправе воздержаться от участия в голосовании или от ответа на отдельные вопросы. Ответы на поставленные перед присяжными заседателями вопросы должны представлять собой лишь утверждение или отрицание с обязательным пояснительным словом или словосочетанием, раскрывающим или уточняющим смысл ответа («Да, виновен», «Нет, не виновен»). Уклончивые ответы (например: «Вероятно, виновен», «Скорее всего, невиновен» либо «Воздерживаюсь») недопустимы. И только в случаях, когда ответ на предыдущий вопрос исключает необходимость отвечать на последующий вопрос (например, отрицательный ответ на вопрос о доказанности деяния исключает необходимость отвечать на вопрос о совершении его подсудимым, а недоказанность совершения деяния подсудимым исключает необходимость давать ответ на вопрос о его виновности), старшина с согласия большинства присяжных заседателей вписывает после него слова: «Без ответа».

В УПК предусмотрен так называемый *смешанный порядок голосования* присяжных заседателей. По общему правилу решения должны приниматься единогласно. Присяжные должны стремиться к *единодушному* (единогласному) принятию решений, и только если единодушие не достигнуто в течение 3 часов, разрешается прибегнуть к голосованию.

Обвинительный вердикт считается принятым, если за утвердительные ответы на каждый из трех основных вопросов (доказано ли, что деяние имело место; доказано ли, что это деяние совершил подсудимый; виновен ли подсудимый в совершении этого деяния) проголосовало большинство присяжных заседателей. С учетом правила о толковании сомнений о виновности в пользу обвиняемого (ч. 3 ст. 14) *оправдательный вердикт* считается принятым, если за отрицательный ответ на любой из поставленных в вопросном листе основных вопросов проголосовало не менее половины, т.е. 6 присяжных заседателей. Хотя в ч. 4 ст. 343 говорится о том, что ответы на все другие вопросы определяются простым большинством голосов, половины (т.е. 6 голосов) также достаточно для принятия решений по этим вопросам, так как в этом случае принимается наиболее благоприятный для подсудимого ответ.

При вынесении вердикта «Виновен» присяжные заседатели вправе изменить обвинение в сторону, *благоприятную* для подсудимого (ч. 6 ст. 343). Следует, однако, учитывать, что признать подсудимого виновным присяжные могут только в рамках поставленных им вопросов. Поэтому изменение обвинения в данном случае может означать лишь сокращение объема составляющих его эпизодов и фактических обстоятельств: например, признание подсудимого виновным в лишении пострадавшего жизни путем нанесения ему не 17, а только 3 ножевых ранений. Напротив, при постановке, например, вопроса о доказанности похищения человека, совершенного организованной группой (п. «а» ч. 3 ст. 126 УК РФ), они не вправе вместо этого признать доказанным совершение похищения с применением оружия (п. «г» ч. 2 той же статьи), поскольку, во-первых, столь существенное изменение фактической стороны обвинения нарушает право подсудимого на защиту (и в силу этого не является для него благоприятным), а во-вторых, выходит за пределы поставленных им вопросов.

3. Разъяснение и уточнение вопросов, поставленных присяжным заседателям. Возобновление судебного следствия

Иногда в ходе совещания у присяжных заседателей может возникнуть потребность в получении дополнительных разъяснений со стороны председательствующего или уточнения поставленных вопросов. В этих случаях они возвращаются в зал судебного заседания, и старшина обращается к председательствующему с соответствующей просьбой.

Председательствующий в присутствии сторон дает присяжным необходимые разъяснения, либо, выслушав мнение сторон, может внести необходимые уточнения в поставленные вопросы, а также дополнить вопросный лист новыми вопросами, после чего присяжные заседатели возвращаются в совещательную комнату для вынесения вердикта.

Однако в ходе совещания у присяжных заседателей могут возникнуть сомнения по поводу каких-либо фактических обстоятельств уголовного дела, имеющих существенное значение для ответов на поставленные вопросы и требующих дополнительного исследования. В этом случае может быть недостаточно одного лишь разъяснения или уточнения поставленных вопросов. Выслушав обращение старшины с просьбой о дополнительном исследовании обстоятельств дела, а также мнение сторон, председательствующий принимает решение по вопросу о возобновлении судебного следствия.

Если в вопросный лист вносятся изменения без дополнительного исследования обстоятельств дела, удалению присяжных для продолжения совещания предшествует лишь *краткое* напутственное слово председательствующего, в котором он касается только изменений в вопросах, разъясняя их значение. Удовлетворение же просьбы присяжных заседателей о дополнительном исследовании обстоятельств дела влечет за собой возобновление судебного следствия, прений сторон, произнесение последнего слова подсудимого, уточнение поставленных или формирование новых вопросов, а также произнесение *полного* напутственного слова председательствующего.

4. Провозглашение вердикта. Его уточнение в случае неясности и противоречивости

Подписав вопросный лист с внесенными в него ответами на поставленные вопросы, присяжные заседатели возвращаются в зал судебного заседания, и старшина передает вопросный лист председательствующему. Провозглашению вердикта старшиной присяжных заседателей может предшествовать контрольный этап, сущность которого состоит в проверке председательствующим судьей данного вердикта с точки зрения его *ясности и непротиворечивости*. Если председательствующий найдет ответы на поставленные вопросы неясными или противоречивыми, он указывает на это коллегии присяжных и предлагает им возвратиться в совещательную комнату для уточнения ответов. Он должен объяснить, в чем состоит неясность и противоречивость ответов, не высказывая при этом своего мнения о том, каковы должны быть эти ответы по существу. Закон (ч. 2 ст. 345 УПК) предусматривает возможность на этом этапе внести в вопросный лист дополнительные вопросы присяжным заседателям, которые позволят им избежать

новых неясностей и противоречий. Напутственное слово председательствующего в этом случае должно быть кратким, не повторяя всего содержание ранее произнесенного им слова и касаясь только изменений в вопросном листе. Выслушав краткое напутственное слово председательствующего, коллегия присяжных заседателей возвращается в совещательную комнату для вынесения вердикта.

При отсутствии замечаний председательствующий возвращает вопросный лист старшине присяжных заседателей для провозглашения. Старшина провозглашает вердикт, зачитывая по вопросному листу поставленные судом вопросы и ответы, данные коллегией присяжных заседателей.

§ 10. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ДЕЙСТВИЯ ПОСЛЕ ВЫНЕСЕНИЯ ВЕРДИКТА

1. Обсуждение последствий вердикта

При произнесении *оправдательного вердикта* председательствующий тотчас же объявляет его оправданным и освобождает из-под стражи в зале судебного заседания. Объявление оправдательного вердикта не означает, что судебное заседание закончено. После того как присяжные по своему усмотрению займут места, отведенные для публики, или покинут зал судебного заседания, начинается исследование и обсуждение вопросов, связанных с тем, по какому из предусмотренных законом оснований следует постановить оправдательный приговор, как решить вопросы о гражданском иске, распределении судебных издержек и вещественных доказательствах.

В случае вынесения *обвинительного вердикта* судья с участием сторон (но уже без участия присяжных) переходит к исследованию обстоятельств, связанных с квалификацией деяния подсудимого, которые по закону не могли быть рассмотрены с участием присяжных заседателей (например, его прежней судимости), назначением ему наказания (смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств и т.д.), разрешением гражданского иска и другими вопросами, рассматриваемыми судом при постановлении обвинительного приговора. Вслед за этим снова открываются прения сторон, во время которых последними выступают защитник и подсудимый. Они могут высказать свое мнение по вопросу о том, содержит ли состав преступления деяние, в совершении которого присяжные заседатели признали подсудимого виновным, и каким именно уголовным законом оно предусмотрено, а также по всем другим вопросам права, подлежащим разрешению при постановлении судом обвинительного приговора (п. 3, 5—17 ч. 1 ст. 299 УПК).

При этом сторонам запрещено ставить под сомнение правильность вердикта, вынесенного присяжными заседателями. Однако это не означает, что они не могут высказывать мнение о непроступном характере деяния, в совершении которого подсудимый признан виновным присяжными заседателями; о необходимости освобождения его от уголовной ответственности по основаниям, указанным в п. 3—6 ч. 1, ч. 2 ст. 24 и п. 3—7 ч. 1 ст. 27, а также в ст. 25, 28.

В случае вынесения обвинительного вердикта после завершения прений сторон подсудимому предоставляется последнее слово, затем судья удаляется для вынесения решения по данному уголовному делу.

2. Правовые последствия вердикта

Оправдательный вердикт коллегии присяжных заседателей обязателен для председательствующего и влечет за собой постановление им оправдательного приговора, несмотря даже на, возможно, внутреннее убеждение председательствующего в виновности подсудимого.

При квалификации преступления в случае постановления обвинительного вердикта председательствующий должен учитывать не только те обстоятельства преступления, которые установлены вердиктом присяжных, но и те, которые не нашли в нем своего отражения, при том, однако, непременном условии, что они требуют юридической оценки (наличие судимости и т.п.) и были исследованы при обсуждении последствий вердикта.

Обвинительный вердикт, по общему правилу, также обязателен для председательствующего по уголовному делу. Однако наличие обвинительного вердикта не препятствует постановлению судьей оправдательного приговора, если он признает, что деяние подсудимого не содержит *признаков состава преступления*. Этим обеспечивается дополнительная гарантия презумпции невиновности, согласно которой обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном УПК порядке и установлена вступившим в законную силу *приговором суда*. Вынесение судьей вопреки обвинительному вердикту оправдательного приговора имеет сугубо *юридическое* основание — отсутствие в деянии подсудимого состава преступления (п. 3 ч. 2 ст. 302 УПК). Однако судья при вынесении присяжными обвинительного вердикта не вправе оправдать подсудимого по основаниям *фактического характера* — за неустановлением события преступления (деяния) или непричастности подсудимого к совершению преступления (п. 1, 2 ч. 2 ст. 302), поскольку эти вопросы отнесены к исключительным полномочиям присяжных заседателей (ч. 1 ст. 334). В этих случаях он выносит постановление о роспуске коллегии присяжных заседателей и направлении уголовного дела на новое рассмотрение в ином составе коллегии присяжных заседателей со стадии предварительного слушания.

Положительный ответ в вердикте коллегии присяжных заседателей на вопрос о том, заслуживает ли признанный виновным подсудимый *снисхождения*, обязателен для председательствующего. В этом случае возможны два варианта. Первый — если имеются исключительные обстоятельства, указанные в ст. 64 УК РФ, т.е. связанные с целями и мотивами преступления, ролью виновного, его поведением во время или после совершения преступления, и другие обстоятельства, существенно уменьшающие степень общественной опасности преступления, либо активное содействие участника группового преступления раскрытию этого преступления. Тогда судья может назначить подсудимому более мягкое наказание, чем предусмотрено уголовным законом за данное преступление (ст. 64 УК РФ). Впрочем, по усмотрению председательствующего назначение наказания ниже низшего предела возможно и в том случае, когда коллегией присяжных подсудимый не был признан заслуживающим снисхождения. Вторая возможность основана на уголовно-правовой норме, предусмотренной ч. 1 ст. 65 УК РФ, — если основания для назначения подсудимому более мягкого наказания отсутствуют, судья, тем не менее, обязан учесть признание виновного заслуживающим снисхождения и назначить ему срок или размер наказания, не превышающие $\frac{2}{3}$ максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление.

3. Виды решений, принимаемых председательствующим по результатам судебного разбирательства

Рассмотрение дела в суде с участием присяжных заседателей завершается вынесением председательствующим одного из следующих решений.

1. *Постановление о прекращении уголовного дела* по общим основаниям, предусмотренным ст. 254 УПК.

2. *Приговор*. Оправдательный приговор выносится председательствующим, если:

— присяжные дали отрицательный ответ хотя бы на один из трех основных вопросов, указанных в ч.1 ст. 339, т.е. признали недоказанным, что деяние (событие преступления) имело место или что это деяние совершил подсудимый, либо нашли, что он невиновен в его совершении;

— председательствующий признал, что в деянии отсутствует состав преступления.

Обвинительный приговор может быть постановлен в случае, если на все три основных вопроса присяжные дали положительный ответ, т.е. признали подсудимого виновным в совершении преступления. Поскольку вопрос о том, подлежит ли подсудимый наказанию, принадлежит к исключительной компетенции председательствующего, он может вынести обвинительный приговор с назначением наказания, подлежащего отбыванию осужденным; без назначения наказания, с назначением наказания и освобождением от его отбывания (ч. 5 ст. 302, п. 3 ст. 350).

Существуют определенные особенности содержания приговора по делам, рассмотренным судом с участием присяжных заседателей (ст. 351). Так, в приговоре не указываются фамилии присяжных заседателей. Это служит дополнительной гарантией их независимости при вынесении вердикта.

В описательно-мотивировочной части оправдательного приговора должна излагаться сущность обвинения, по поводу которого коллегией присяжных заседателей был вынесен оправдательный вердикт, и содержаться ссылки на вердикт коллегии присяжных заседателей. При этом основания оправдания, указанные в приговоре, не могут уклоняться от содержания вердикта присяжных заседателей, например: «Не доказано, что данное деяние имело место». Приведение здесь доказательств требуется только в отношении обстоятельств, которые обсуждаются без участия присяжных после вынесения оправдательного вердикта.

В случае, если судья выносит оправдательный приговор вопреки обвинительному вердикту коллегии присяжных заседателей, содержание описательно-мотивировочной части приговора будет иным. В ней также должны содержаться ссылки на вердикт присяжных с мотивировкой того, почему сделанный коллегией присяжных вывод о виновности подсудимого в совершении определенного деяния недостаточен для признания его виновным в совершении *преступления* по приговору суда. В обоснование своих выводов суд должен сослаться на доказательства обстоятельств, позволивших ему сделать вывод об отсутствии в деянии, установленном вердиктом коллегии присяжных, признаков состава преступления.

В описательно-мотивировочной части обвинительного приговора дается описание преступного деяния, в совершении которого подсудимый признан виновным, и квалификация этого деяния. Кроме того, приводятся мотивы назначения наказания и обоснование решения суда в отношении гражданского иска. Представляется, что

суд должен указать в приговоре доказательства в обоснование обстоятельств, которые были исследованы и установлены без участия присяжных заседателей в порядке обсуждения обвинительного вердикта (ч. 3 ст. 347).

3. *Постановление о роспуске коллегии присяжных заседателей и направлении уголовного дела на новое рассмотрение иным составом суда.* Данное решение принимается, если председательствующий признает, что обвинительный вердикт вынесен в отношении невиновного и имеются достаточные основания для постановления оправдательного приговора ввиду того, что не установлено событие преступления либо не доказано участие подсудимого в совершении преступления (ч. 5 ст. 348, п. 4 ст. 350).

4. *Постановление о прекращении рассмотрения уголовного дела в связи с установленной невменяемостью подсудимого или с тем, что после совершения преступления у подсудимого наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение или исполнение наказания* (ст. 352). В этом случае дело будет рассматриваться судом в порядке, установленном гл. 51 УПК («Производство о применении принудительных мер медицинского характера»).

Раздел VIII

ПЕРЕСМОТР СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ И ИХ ИСПОЛНЕНИЕ

§ 1. ПОНЯТИЕ ПЕРЕСМОТРА СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ И ЕГО РАЗНОВИДНОСТИ

Разбирательство в суде первой инстанции является апогеем состязательного процесса. В нем с наибольшей силой проявляют себя все его принципы и гарантии, обеспечивающие принятие законного, обоснованного и справедливого судебного решения. Такое решение должно быть авторитетно, незыблемо и стабильно. Окончание судопроизводства уже в суде первой инстанции можно считать идеальным вариантом развития событий, ибо в этом случае наиболее полно достигается устойчивость правопорядка, быстрота и экономичность процесса. Однако реальность такова, что, несмотря на все гарантии достижения истины и обеспечения прав личности, в уголовном процессе сохраняется возможность судебных ошибок. Это диктует необходимость пересмотра судебных решений, под которым понимается осуществляемая в определенных процессуальных формах проверка приговоров, определений и постановлений судов вышестоящими судебными инстанциями. Однако проверка судебных актов вышестоящими судами имеет своей целью не только заботу об истинности судебных решений, но и обеспечение единообразия понимания и применения закона всеми судами. Подобная деятельность в целом квалифицируется законом как *судебный надзор* за деятельностью судов (ст. 126 Конституции РФ). Судебный надзор в таком широком смысле может осуществляться в российском уголовном процессе в четырех проверочных стадиях процесса: в *апелляционном, кассационном, надзорном порядке*, а также *при возобновлении производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств*. Судебный надзор в широком смысле необходимо отличать от судебного надзора в узком смысле, т.е. пересмотра вступивших в законную силу судебных решений судами надзорной инстанции¹.

В национальных правовых системах, в том числе в российской, те или иные формы пересмотра судебных решений могут находиться в смешанном состоянии, сочетая в себе элементы различных их видов. Поэтому прежде чем приступить к рассмотрению его конкретных форм, необходимо дать теоретическое определение основных (базовых) видов пересмотра судебных решений, взятых в их, так сказать, чистом виде. Таковыми являются апелляционное, кассационное производство и возобновление дел по новым или вновь открывшимся обстоятельствам.

Под *апелляцией* (от лат. *appellatio* — обращение, воззвание) понимается пересмотр, как правило, вышестоящей судебной инстанцией уголовных дел по существу,

¹ Некоторые авторы выделяют также еще более общее понятие *надзора за судебной деятельностью*, в которое включают помимо пересмотра решений нижестоящих судов по конкретным делам в процессуальных формах также и дачу Верховным Судом разъяснений по вопросам судебной практики (см.: *Темушкин О.П.* Организационно-правовые формы проверки законности и обоснованности приговоров. М., 1978. С. 16—17).

т.е. как по юридическим, так и фактическим основаниям, но в пределах жалоб, поданных сторонами. Апелляционная инстанция может в полном или частичном объеме проводить по делу новое судебное следствие в условиях состязания сторон и постановить новый приговор, заменяющий собой приговор нижестоящего суда. Апелляционное производство обеспечивает дополнительную гарантию правосудия за счет пересмотра уголовного дела вышестоящей инстанцией, судьи которой обладают, как правило, большим опытом и квалификацией, нежели судьи нижестоящего суда. Традиционно считается, что апелляция наиболее полезна там, где дело в первой инстанции рассматривается единоличным судьей, хотя это правило в настоящее время все чаще подвергается ревизии (например, в современном англо-американском, а также французском процессе апелляционному пересмотру подвергаются и решения судов с участием присяжных).

Кассация (от фр. *casser* — сломать, уничтожить) — это пересмотр вышестоящей судебной инстанцией в пределах жалоб сторон не вступивших в законную силу решений нижестоящего суда лишь по юридическим основаниям, т.е. с точки зрения нарушений нижестоящим судом норм материального и процессуального права (так называемая *чистая* кассация). Кассационная инстанция в таком ее понимании не касается оценки доказательств по делу, не вдается в рассмотрение его фактической стороны и потому ограничивается проверкой решения суда по письменным материалам дела, без проведения следственных действий. Ее цель состоит в обеспечении законности в деятельности нижестоящих судов путем устранения решений, не отвечающих этому условию. Поэтому «чистое» кассационное производство может завершиться лишь отменой обжалованного решения с возвращением дела на новое судебное рассмотрение по существу либо оставлением жалобы без удовлетворения. Обычно предполагается, что кассационный вид пересмотра наиболее уместен там, где дело в суде первой инстанции рассматривалось с участием присяжных заседателей, ибо к исключительному ведению последних относится оценка доказательств и установление фактов, и именно в обсуждение этих вопросов не вдается кассационная инстанция. Кассационный вид пересмотра судебных решений характерен для процессуальных систем континентального типа — судопроизводство Австрии, Испании, Италии, России¹, Германии (в которой она существует под названием «ревизия») и др., — в коренных чертах следующих в этом вопросе уголовному процессу Франции, где данная форма пересмотра исторически и возникла.

Возобновление дел по новым или вновь открывшимся обстоятельствам представляет собой исключительный (экстраординарный) способ пересмотра судебных решений ввиду обнаружения после вступления этих решений в законную силу таких обстоятельств, которые в случае их своевременной известности суду, очевидно, повлекли бы постановление им совершенно иного решения. Подобная процедура используется в уголовном процессе России, ФРГ, Франции (фр. — *pourvoi en revision*), США (*writ of coram nobilis*) и др.

¹ Как будет показано ниже, кассационное производство по УПК РФ существует не в чистой, а в смешанной форме, включающей некоторые элементы апелляции.

§ 2. ПЕРЕСМОТР СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ И ПРИНЦИП «NON BIS IN IDEM»

Пересмотр судебных решений имеет свои естественные границы, за пределами которых он вступал бы в противоречие с интересами обеспечения устойчивости и прочности правопорядка. В этом смысле ключом к пониманию юридической природы и естественного места пересмотра судебных решений является принцип «*non bis in idem*» (лат.) — *недопустимости повторного привлечения к ответственности за одно и то же деяние*. Это начало традиционно связывают с уголовным правом, однако по своему историческому происхождению и логическому основанию оно имеет не только материальную, но и процессуальную сущность. Его процессуальная логика неразрывно связана с понятием состязательности (см. об этом также § 11 гл. 4 учебника). В самом деле, в отличие от инквизиционного исследования состязание по самой сути этого понятия возлагает ответственность за результаты спора на противостоящие стороны, что находит выражение в понятии *бремени доказывания*. В публичном уголовном процессе бремя доказывания лежит, как известно, на обвинителе. Следовательно, после завершения спора все негативные последствия (бремя) результатов судебного состязания должен принять на себя обвинитель, не сумевший убедить суд в своей правоте. Это значит, что после вступления приговора в законную силу никакие возражения против его незаконности и необоснованности со стороны обвинителя не могут быть приняты — при условии, если он не был лишен возможности справедливого состязания ввиду каких-то непреодолимых обстоятельств, ставящих его в процессе в неравное положение. Иначе говоря, в силу правила о бремени доказывания законная возможность добиться осуждения обвиняемого *in idem* дается обвинителю, как правило, лишь один раз.

Таким образом, пересмотр *вступившего в законную силу* судебного решения *против интересов обвиняемого* неправомерен, т.е. недопустимо возвращение к вопросу о виновности за то же самое в вышестоящем суде, если обвинитель в отведенное для состязание время не смог всесторонне доказать виновность обвиняемого. Напротив, сторона защиты *не несет бремени доказывания*, поэтому вправе требовать пересмотра судебного решения в свою пользу и после окончания состязания, причем в результате такого обжалования положение лица, в отношении которого был вынесен приговор, не должно быть ухудшено. Иное дело — до момента вступления приговора в законную силу, когда спор сторон считается еще не оконченным. Запрет *non bis in idem* здесь еще не действует, и обе стороны могут обжаловать судебные решения, причем обвинитель вправе требовать их пересмотра и по мотивам, ухудшающим положение обвиняемого.

По-другому должен решаться вопрос в случаях, когда открывается, что обвинитель по вине суда, стороны защиты, иных участников процесса, нарушения фундаментальных принципов процесса либо в силу каких-то других, исключительных и непреодолимых для него обстоятельств (например, тех, которые объективно не могли быть ему известны) практически оказался лишен возможности состязаться в суде на равных и справедливых условиях. Тогда бремя доказывания с него должно быть снято, и он, а не только сторона защиты, может обжаловать вступивший в силу приговор.

Наиболее строго данная юридическая конструкция соблюдается в настоящее время в английской системе пересмотра приговоров Суда короны. Поскольку английское право не знает отсрочки для вступления приговора в законную силу и апелляционная жалоба обычно не приостанавливает исполнения наказания (исключение составляет лишь приговор к смертной казни), право на обжалование приговора (при определенных условиях) предоставлено здесь только осужденному. Обвинитель, по общему правилу, не имеет такой возможности¹. В континентальном уголовном процессе правила пересмотра судебных решений, вытекающие из принципа *non bis in idem*, в целом также соблюдаются, но не столь жестко. Апелляционные или кассационные жалобы во Франции², Германии и России с некоторыми ограничениями могут подаваться как представителями защиты, так и обвинения, как в интересах обвиняемого, так и против его интересов. В апелляционном порядке обвинитель может обжаловать здесь даже оправдательный приговор; в Германии — он вправе сделать это и в кассационном порядке, а в России — в кассационном и, как будет показано ниже, при определенных условиях в надзорном производстве.

Итак, пересмотр состоявшихся судебных решений в состязательном процессе с теоретической точки зрения может происходить следующим образом. Во-первых, пересмотру подлежат решения, не вступившие в законную силу. Это значит, что состязание сторон еще продолжается, и вынесенное судом решение может быть предметом обжалования как со стороны защиты, так и обвинения. Однако этот этап не должен затягиваться на длительное время, ибо судебное решение не может долго находиться в «подвешенном» состоянии. Поэтому, на наш взгляд, было бы нежелательным отодвигать момент вступления приговора в законную силу до рассмотрения в кассационной инстанции, если пересмотр дела по условиям данной системы судостроительства возможен уже в апелляционной форме. Решение апелляционного суда в этом случае — наиболее подходящий временной рубеж, после которого приговор может считаться вступившим в законную силу. Именно апелляция с ее возможностями по собиранию, непосредственному и устному исследованию доказательств является наиболее естественной формой для судебного состязания, которое, как было сказано, все еще продолжается до вступления решения в силу. Напротив, при кассационной процедуре, когда пересмотр основывается на письменных материалах, ближайшей целью является не разрешение спора сторон, а выявление ошибок в приговоре. В этом смысле сторона, обжалующая в кассационном порядке судебное решение, спорит не столько с другой стороной, сколько с судом, допустившим с ее точки зрения ошибку. Кассационная процедура лишь квазисостязательна, но, по сути, представляет собой проверку вышестоящим судом судебного решения по жалобам участников процесса. Поэтому кассационная инстанция при последовательном состязательном подходе (так называемая чистая кассация) может рассматривать и отменять (кассировать) судебное решение, но не должна его пересматривать с точки зрения существа дела, ибо это правомерно лишь в условиях реальной состязательности.

¹ Однако законом об уголовной юстиции 1988 г. Генеральному атторнею предоставлено право обжаловать в апелляционный суд приговоры Суда короны ввиду мягкости наказания (см.: Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. С. 151).

² В современном уголовном процессе Франции кассационное обжалование *оправдательных* приговоров, постановленных в суде ассизов, в настоящее время не допускается (ст. 572 УПК Франции).

Во-вторых, после вступления приговора суда в законную силу его пересмотр возможен в сторону, благоприятную для осужденного или оправданного, если только не установлено нарушений судом фундаментальных принципов процесса либо наличие новых или вновь открывшихся обстоятельств (при этих условиях допустим и пересмотр решения против интересов обвиняемого). В зависимости от национально-правовых особенностей той или иной процессуальной системы эта стадия может принимать апелляционную, кассационную или подобную ей надзорную (по УПК РФ) форму, а также форму пересмотра судебных решений ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств.

В реальном процессе — в зависимости от особенностей той или иной национальной судебно-процессуальной системы — названные положения соблюдаются в разной степени, однако их сопоставление с конкретной формой, установленной законодательством, позволяет оценить данный порядок пересмотра решений с точки зрения соответствия его состязательному идеалу. Рассмотрим с этих позиций виды пересмотра, существующие в российском уголовном процессе.

§ 1. ОБЪЕКТ, ПРЕДМЕТ И СУБЪЕКТЫ РАССМОТРЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В АПЕЛЛЯЦИОННОМ ПОРЯДКЕ

1. Объект пересмотра

Объект всякой деятельности — это явление, на которое направлено воздействие, то, с чем мы имеем дело. В российском уголовном процессе объектом апелляционного пересмотра являются только *не вступившие в законную силу приговоры и постановления мировых судей*. Однако согласно ч. 5 ст. 355 УПК не могут быть обжалованы следующие постановления судьи, вынесенные в ходе судебного разбирательства:

- о порядке исследования доказательств;
- об удовлетворении или отклонении ходатайств участников судебного разбирательства;
- о мерах обеспечения порядка в зале судебного заседания, за исключением определений или постановлений о наложении денежного взыскания.

Это ограничение имеет целью предотвратить излишнее затягивание производства по уголовному делу. Названные акты судьи имеют вспомогательный характер, и их пересмотр при наличии правильного итогового решения по делу был бы неоправдан с точки зрения интересов правосудия. Так, на основании ч. 1 ст. 274 очередность исследования доказательств определяется стороной, представляющей доказательства суду *по своему усмотрению*, поэтому предоставление ей права обжаловать постановление судьи, которое лишь фиксирует этот, определенный самой же стороной порядок, явно излишне.

Кроме того, не подлежит апелляционному обжалованию также приговор, постановленный, в частности, мировым судьей в особом порядке принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением — по такому основанию, как несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела (ст. 317).

2. Предмет апелляционного разбирательства

Предмет деятельности — это те связи и отношения, которые интересуют нас в объекте. Научное понятие предмета отражает не только определенные признаки объекта, но также цель и метод соответствующего рода деятельности. Так, предметом рассмотрения дела в апелляционном порядке является в российском уголовном процессе *судебная проверка законности, обоснованности и справедливости приговора или иного судебного решения мирового судьи*. Причем судебная инстанция, рассматривающая уголовное дело в апелляционном порядке, по общему правилу проверяет законность, обоснованность и справедливость судебного решения не в полном объеме, а лишь в той его части, *в которой оно обжаловано* (ч. 2 ст. 360 УПК). То есть апелляция предполагает в качестве ведущего начала диспозитивность предмета пересмотра, когда он определяется по усмотрению

сторон в пределах поданных ими жалоб (*начало обжалования*). Порядок обжалования, отвечающий состязательному типу построения процесса, противостоит так называемому *ревизионному порядку* при пересмотре, которое характерно для судебного производства в надзорной инстанции, в которой решение всегда подвергается исследованию судом в полном объеме, в отношении всех обвиняемых — согласно лишь велению закона, независимо от содержания жалобы или представления (см. об этом гл. 29 учебника).

Однако это правило не абсолютно. Если при рассмотрении дела апелляционной инстанцией попутно будут выявлены обстоятельства, которые касаются правосудности судебного решения, принятого в отношении других лиц, осужденных или оправданных по тому же делу, но в отношении которых не были поданы жалоба или представление, то уголовное дело должно быть проверено и в отношении этих лиц. При этом апелляционный суд может пересмотреть решение и в части этих лиц, с тем, однако, условием, что он не вправе ухудшить их положение.

Специфика метода судебной деятельности в суде апелляционной инстанции состоит в том, что здесь проводится *повторное судебное следствие*, в рамках которого допускается как непосредственное исследование имеющихся в деле доказательств, так и собирание новых, в исследовании которых сторонам было отказано судом первой инстанции, в том числе и путем проведения судебных следственных действий (ст. 365).

3. Субъекты апелляционного рассмотрения уголовного дела

Субъекты апелляционного рассмотрения уголовного дела подразделяются на две группы: а) субъекты обжалования; б) субъект пересмотра, который принимает решение по поданной жалобе или протесту.

Субъектами обжалования судебных решений в апелляционную инстанцию являются осужденный, оправданный, их защитники и законные представители, государственный обвинитель или *вышестоящий прокурор*, потерпевший и его представитель. Гражданский истец, гражданский ответчик или их представители вправе обжаловать судебное решение в части, касающейся гражданского иска. Акт реагирования государственного обвинителя, принимавшего участие в разбирательстве в суде первой инстанции, на судебное решение, вносимый в данном порядке, называется апелляционным представлением (ст. 363 УПК).

Право обжалования судебного решения предоставлено не только государственному обвинителю, но и не принимавшему участия в судебном разбирательстве вышестоящему прокурору. Под вышестоящим прокурором надлежит понимать вышестоящего по должности по отношению к государственному обвинителю прокурора (его заместителя), наделенного в соответствии со ст. 36 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» полномочиями по принесению представлений на судебные решения¹.

Перечень лиц, имеющих право обжаловать судебные решения, не ограничивается их формальным статусом. Так, лицо, пострадавшее от предполагаемого преступле-

¹ См. п. 21 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 25.03.2004 г.

ния, но не признанное потерпевшим в установленном УПК порядке, также имеет право принести апелляционную или кассационную жалобу¹.

Закон предъявляет вполне определенные требования к содержанию апелляционной жалобы, которая должна содержать:

- наименование суда апелляционной инстанции, в который подаются жалоба или представление;
- данные о лице, подавшем жалобу или представление, с указанием его процессуального положения, места жительства или места нахождения;
- указание на приговор или иное судебное решение и наименование суда, его постановившего или вынесшего;
- доводы лица, подавшего жалобу или представление, и доказательства, обосновывающие его требования;
- перечень прилагаемых к жалобе или представлению материалов;
- подпись лица, подавшего жалобу или представление.

Указание в апелляционной жалобе на доводы лица, подавшего жалобу или представление, имеет принципиальное значение, поскольку, как уже было сказано выше, суд, рассматривающий уголовное дело в апелляционном порядке, проверяет судебное решение лишь в той части, в которой оно обжаловано. Таким образом, доводы лица, подавшего жалобу или представление, по общему правилу определяют пределы апелляционного разбирательства.

При несоответствии жалобы или представления перечисленным выше требованиям жалоба или представление возвращаются судьей, которому они поданы, соответствующей стороне. При этом судья назначает срок для устранения недостатков жалобы или представления и нового их представления. Такое решение требует вынесения судьей особого постановления, которое может быть обжаловано в кассационном порядке, поскольку неправомерный отказ в принятии жалобы к рассмотрению способен затруднить доступ граждан к правосудию. Если требования судьи не выполнены и жалоба или представление в установленный судьей срок не поступили, они считаются не поданными. В этом случае апелляционное производство по делу прекращается, а приговор считается вступившим в законную силу.

Чтобы подтвердить основания жалобы или представления, заявитель может не только ссылаться в них на уже имеющиеся в материалах дела доказательства, но и представить в суд вместе с жалобой или представлением новые предметы и документы, а также ходатайствовать о вызове в суд указанных им свидетелей и экспертов.

Субъектом пересмотра решений мировых судей в апелляционном порядке является судья районного суда, действующий единолично. Следует учесть, что согласно ст. 5 Федерального закона «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» в субъектах Российской Федерации, в которых на момент введения в действие УПК РФ не созданы должности мировых судей, уголовные дела, отнесенные к подсудности мировых судей, рассматриваются судьями районных судов единолично в порядке, установленном для производства у мирового судьи. В этих случаях приговор и постановления могут быть обжалованы не в апелляционном, а лишь

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 22.01.2004 № 119-О // Российская газета. 07.06.2004 г.

в кассационном порядке. Дела о преступлениях, подсудных мировому судье, совершенные военнослужащими и гражданами, проходящими военные сборы, рассматриваются судьей гарнизонного военного суда в порядке, предусмотренном для производства у мирового судьи. При этом приговор и постановление судьи также могут быть обжалованы в кассационном порядке (ч. 6 ст. 30).

§ 2. ПРОЦЕДУРА АПЕЛЛЯЦИОННОГО ПЕРЕСМОТРА УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Подача апелляционных жалоб и представлений

Апелляционные жалобы и представления подаются сторонами в районный суд через мирового судью в течение 10 суток со дня провозглашения приговора или вынесения иного обжалуемого судебного решения. В случае когда жалоба на приговор подается осужденным, содержащимся под стражей, данный срок исчисляется со дня вручения ему копии приговора. Согласно ст. 312 УПК копия должна быть вручена осужденному в течение 5 суток со дня провозглашения приговора. Если же копия приговора вручена осужденному с нарушением этого 5-суточного срока, то пропущенный 10-суточный срок обжалования приговора со дня вручения осужденному его копии подлежит безусловному восстановлению. Этот вопрос разрешается мировым судьей в судебном заседании (ч. 2 ст. 357). Впрочем, 10-суточный срок обжалования со дня вынесения судебного решения может быть восстановлен и другим участникам судебного разбирательства, если причина пропуска ими данного срока признана мировым судьей уважительной. Вопрос о восстановлении срока рассматривается судьей в присутствии заявителя соответствующего ходатайства, а также противоположной стороны, которые должны быть уведомлены о месте и времени проведения судебного заседания. Неявка указанных лиц не препятствует разрешению ходатайства. Постановление мирового судьи об отказе в восстановлении пропущенного срока может быть обжаловано в кассационном порядке.

Копии жалобы или представления направляются мировым судьей осужденному или оправданному, его защитнику, обвинителю, потерпевшему и его представителю, а также гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их представителям, если жалоба или представление затрагивает их интересы.

Одновременно с направлением копии обжалуемого решения судья разъясняет заинтересованной стороне право подать *письменные возражения* на жалобу или представление с указанием срока такой подачи. Однако этот срок законом не определен и устанавливается самим судом. По нашему мнению, он может продолжаться до дня рассмотрения дела в апелляционной инстанции. Возражения, поступившие на жалобу или представление, приобщаются мировым судьей к уголовному делу или (если дело вместе с жалобой или представлением уже отправлено в апелляционную инстанцию) в течение суток направляются в дополнение к делу в районный суд.

По истечении срока обжалования мировой судья направляет уголовное дело с принесенными жалобами, представлениями и возражениями на них в суд апелляционной инстанции, о чем ставит в известность стороны.

Лицо, подавшее жалобу или представление, *вплоть до начала заседания суда апелляционной инстанции*, вправе:

- отозвать свою жалобу (представление);
- изменить их или дополнить новыми доводами.

Такое изменение или дополнение может иметь форму: а) *дополнительной жалобы* — если первоначальная жалоба изменяется или дополняется потерпевшим, частным обвинителем или их представителями, гражданским истцом, гражданским ответчиком или их представителями; б) *дополнительного представления прокурора* — если он дополняет первоначальное представление государственного обвинителя новыми доводами; в) *заявления прокурора об изменении представления* (ч. 4 ст. 359).

При этом в целях защиты обвиняемого от неожиданного для него изменения обвинения законом установлено следующее важное ограничение (ч. 4 ст. 359). В дополнительном представлении прокурора или его заявлении об изменении представления, так же как и в дополнительной жалобе потерпевшего, частного обвинителя или их представителей, *когда они поданы уже после истечения срока обжалования* (и, следовательно, могут стать известными стороне защиты слишком поздно, в том числе уже в самом заседании апелляционного суда), не может быть поставлен вопрос об ухудшении положения обвиняемого — осужденного, а на наш взгляд, и оправданного, если такое требование не содержалось в первоначальной жалобе или представлении. Вопрос об ухудшении положения обвиняемого может выражаться в требованиях о признании доказанными тех или иных обстоятельств преступления, которые были отвергнуты судом первой инстанции, о применении закона о более тяжком преступлении или усилении наказания. Данное ограничение не распространяется на гражданского истца и его представителей, поскольку они вправе обжаловать судебное решение лишь в части, касающейся гражданского иска, а не уголовного обвинения.

УПК РФ, в отличие от ранее действовавшего уголовно-процессуального законодательства, не знает терминологического деления жалоб и представлений на *общие*, т.е. касающиеся итогового решения суда по делу (приговора, постановления о прекращении уголовного дела), и *частные*, посвященные промежуточным судебным решениям, вынесенным во время судебного разбирательства. Вместе с тем процессуальный статус решений, принадлежащих к двум названным группам, не одинаков, а последствия подачи жалобы или представления на судебное решение могут быть различны. Так, подача жалобы или представления на приговор приостанавливает приведение его в исполнение (за исключением освобождения подсудимого из-под стражи — ст. 311 УПК). Напротив, обжалование определения или постановления, вынесенного во время судебного разбирательства, не приостанавливает судебное разбирательство (ч. 6 ст. 355 УПК).

2. Назначение и подготовка заседания суда апелляционной инстанции

Назначение и подготовка заседания суда апелляционной инстанции состоит в следующих действиях судьи районного суда.

1. *Изучение поступившего уголовного дела.* При этом судья проверяет соблюдение правил подсудности данного дела суду апелляционной инстанции, в который подана жалоба или представление, соответствие их содержания требованиям закона

(ст. 363 УПК), а также наличие или отсутствие оснований для своего самоотвода (ст. 63).

2. *Вынесение постановления о назначении судебного заседания.* В случае положительных ответов на указанные выше вопросы судья выносит постановление, в котором: а) констатирует соответствие жалобы или представления требованиям закона; б) определяет место и время судебного заседания; в) принимает решения: о вызове тех или иных свидетелей, экспертов и других лиц; о сохранении, избрании, отмене или изменении меры пресечения в отношении подсудимого или осужденного; о рассмотрении уголовного дела в закрытом судебном заседании при наличии для этого необходимых оснований (ст. 241); г) указывает порядок обжалования данного постановления.

3. *Извещение сторон.* Стороны извещаются апелляционным судом о месте, дате и времени рассмотрения уголовного дела. Неявка лиц, которые подали жалобу или представление на приговор суда первой инстанции, препятствует рассмотрению уголовного дела в апелляционном порядке. В этом случае рассмотрение дела должно быть отложено. При этом учитывается, что в судебном заседании обязательно участие:

- государственного обвинителя;
- частного обвинителя, подавшего жалобу;
- подсудимого или осужденного, который подал жалобу либо в защиту интересов которого поданы жалоба или представление. Однако судебное разбирательство может быть назначено без участия подсудимого, но лишь в том случае, если по уголовному делу о преступлении небольшой или средней тяжести тот ходатайствует о рассмотрении данного уголовного дела в его отсутствие (ч. 4 ст. 247);
- защитника — в случаях обязательного участия последнего в уголовном судопроизводстве (ст. 51).

Участие в рассмотрении дела апелляционной инстанцией государственного обвинителя обязательно лишь по делам публичного обвинения, рассмотренным мировым судьей, в том числе в случаях, когда следователь или дознаватель с согласия прокурора возбудили уголовное дело частного обвинения при отсутствии заявления потерпевшего в порядке ч. 4 ст. 20, ч. 3 ст. 318.

3. Судебное следствие и прения сторон

Судебное следствие в суде апелляционной инстанции проводится по общим правилам, предусмотренным гл. 35—39 УПК. Так же, как и в суде первой инстанции проводится подготовительная часть судебного заседания, в судебном следствии сторонами определяется очередность исследования доказательств; по общим правилам производятся: допрос подсудимого, потерпевшего и свидетелей, другие следственные действия; исключение недопустимых доказательств.

Вместе с тем процедура судебного следствия в апелляционном суде имеет некоторые особенности:

- судебное следствие начинается не с изложения государственным обвинителем предъявленного подсудимому обвинения или заявления частного обвинителя (его представителя), а с краткого изложения председательствующим содержания приговора, а также существа апелляционных жалобы или представления и возражений на них;

— после доклада председательствующего суд заслушивает не краткие вступительные заявления представителей *обвинения* и *защиты*, как это имеет место при производстве в суде первой инстанции (ст. 273), а развернутые речи — выступления *сторон*, подавшей жалобу или представление, и возражения другой *стороны*, в которых они излагают свои доводы и ссылаются на обстоятельства дела и доказательства;

— свидетели, допрошенные в суде первой инстанции, допрашиваются в суде апелляционной инстанции только в том случае, если их вызов суд признал необходимым. При этом апелляционный суд вправе огласить в судебном заседании и использовать при принятии решения показания лиц, не вызывавшихся в заседание суда апелляционной инстанции, но допрошенных в мировом суде (но не на предварительном расследовании — в этом случае действуют общие правила, установленные ст. 276, 281). Таким образом, действие принципа непосредственности исследования доказательств при рассмотрении дела в апелляционном суде несколько ослаблено по сравнению с судом первой инстанции, где оглашение протоколов допросов свидетелей и потерпевших, данных ранее, допускается, как правило, только с согласия обеих сторон (ч. 1 ст. 281). Однако закон все же предусматривает определенную гарантию права сторон на допрос лиц, показания которых направлены против их интересов, а именно: если оглашенные судом показания лиц, не вызывавшихся в заседание суда апелляционной инстанции, оспариваются сторонами, то эти лица подлежат вызову в судебное заседание для допроса (ч. 1 ст. 367);

— стороны вправе заявить ходатайства о вызове новых свидетелей, производстве судебной экспертизы, об истребовании вещественных доказательств и документов лишь при том условии, что в исследовании этих доказательств им было отказано судом первой инстанции. Суд апелляционной инстанции не вправе отказать в удовлетворении ходатайства на том основании, что оно не было удовлетворено судом первой инстанции (ч. 5 ст. 365).

Прения сторон и последнее слово подсудимого в апелляционном суде в целом проводятся по общим правилам, предусмотренным ст. 292—293 УПК. Однако имеется и отличие. Оно состоит в том, что первым в прениях в апелляционном суде не обязательно выступает обвинитель — это может быть и другое лицо, если именно оно подало апелляционную жалобу (осужденный, оправданный, защитник, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители), а последними выступающими могут быть не подсудимый и защитник, а другие участники судебного разбирательства, когда они обосновывают свои возражения на жалобу или представление.

4. Решения, принимаемые судом апелляционной инстанции, и их основания. Принцип свободы обжалования приговора

По результатам рассмотрения уголовного дела судья апелляционной инстанции принимает одно из следующих решений (ст. 367 УПК):

— постановление об оставлении приговора суда первой инстанции без изменения, а апелляционной жалобы или представления без удовлетворения;

— постановление об отмене обвинительного приговора суда первой инстанции и о прекращении уголовного дела при наличии для этого оснований, указанных в ст. 239;

- оправдательный приговор, отменяющий обвинительный приговор суда первой инстанции;

- обвинительный приговор, отменяющий оправдательный приговор суда первой инстанции;

- обвинительный либо оправдательный приговор, изменяющий приговор суда первой инстанции.

Основаниями для отмены или изменения апелляционным судом приговора суда первой инстанции и постановления нового приговора являются:

- несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, тем фактическим обстоятельствам уголовного дела, которые установлены судом апелляционной инстанции, — в случаях, предусмотренных ст. 380;

- нарушение уголовно-процессуального закона — в случаях, предусмотренных ст. 381;

- неправильное применение уголовного закона — в случаях, предусмотренных ст. 382;

- несправедливость назначенного наказания — в случаях, предусмотренных ст. 383 (более подробно об этих основаниях будет рассказано в следующей главе учебника).

При пересмотре судебных решений, в том числе в суде апелляционной инстанции, действует институт, который в теории процесса получил название *принципа свободы обжалования приговора*. Он направлен на создание таких условий обжалования приговора суда первой инстанции, при которых осужденный или оправданный, подавая жалобу на приговор с целью улучшения своего положения, не будет опасаться, что суд по этой жалобе, напротив, пересмотрит приговор не в его пользу. Для того чтобы рассеять подобные опасения, закон устанавливает следующие правила:

- обвинительный приговор суда первой инстанции может быть изменен в сторону ухудшения положения осужденного лишь по представлению или жалобе стороны обвинения — государственного обвинителя, потерпевшего, частного обвинителя или их представителей (ч. 2 ст. 369);

- оправдательный приговор может быть отменен судом апелляционной инстанции с вынесением обвинительного приговора только по представлению или жалобе стороны обвинения — государственного обвинителя, потерпевшего, частного обвинителя или их представителей на необоснованность оправдания подсудимого;

- оправдательный приговор может быть изменен в части мотивов оправдания только по жалобе оправданного (ч. 2 ст. 370), не согласного с указанными в приговоре основаниями оправдания и желающего изменить их в сторону еще более для него благоприятную. Например, он может быть заинтересован в том, чтобы изменить такое основания оправдания, как отсутствие в деянии состава преступления, допускающее предъявление к нему имущественных претензий в порядке гражданского судопроизводства, на непричастность к совершению преступления или неустановление события преступления, при которых суд отказывает в удовлетворении гражданского иска (ч. 2 ст. 306).

§ 1. ОБЪЕКТ, ПРЕДМЕТ И СУБЪЕКТЫ РАССМОТРЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В КАССАЦИОННОМ ПОРЯДКЕ

1. Объект пересмотра

Объектом пересмотра в суде кассационной инстанции, так же как и при апелляционном пересмотре, являются *не вступившие в законную силу* судебные решения. Однако если объектом апелляционного рассмотрения служат приговоры и постановления мировых судей, то кассационная инстанция имеет дело с приговорами, определениями и постановлениями всех прочих судов первой инстанции, а также с приговорами и постановлениями самих судов апелляционной инстанции (п. 14 ст. 5 УПК) и постановлениями судов, вынесенными в стадии исполнения приговора (ст. 401). Таким образом, кассационная инстанция по делам, рассмотренным в первой инстанции мировыми судьями, фактически является не второй, а третьей, хотя посвященная ей гл. 45 УПК и помещена в разд. XIII «Производство в суде второй инстанции».

Как и при апелляционном производстве, не могут быть обжалованы в кассационном порядке судебные решения: а) о порядке исследования доказательств; б) об удовлетворении или отклонении ходатайств участников судебного разбирательства; в) о мерах обеспечения порядка в зале судебного заседания, за исключением определений или постановлений о наложении денежного взыскания; г) приговор, постановленный судом в особом порядке принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением по такому основанию, как несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела (ст. 317, п. 1 ч. 1 ст. 379). Однако помимо этого, объектом кассационного обжалования не могут быть постановления председательствующего судьи, вынесенные в суде с участием присяжных заседателей о роспуске коллегии присяжных заседателей и направлении уголовного дела на новое судебное рассмотрение (ч. 5 ст. 348), а равно о прекращении уголовного дела в связи с установленной невменяемостью подсудимого (ст. 352).

2. Предмет кассационного разбирательства. Смешанный характер кассационного производства в российском уголовном процессе

Предметом рассмотрения дела в кассационном порядке является *судебная проверка законности, обоснованности и справедливости приговора или иного судебного решения судов первой или апелляционной инстанции*. Аналогично суду апелляционной инстанции кассационный суд проверяет законность, обоснованность и справедливость судебного решения не в полном объеме, а только в той его части, в которой оно обжаловано (ч. 2 ст. 360 УПК). Таким образом, при определении предмета пересмотра он также руководствуется в основном не ревизионным принципом, но диспозитивным началом обжалования.

Однако и здесь диспозитивность уступает место принципу законности, когда при рассмотрении уголовного дела кассационной инстанцией будут установлены обстоятельства, которые касаются правосудности судебного решения в отношении лиц, осужденных или оправданных по этому же уголовному делу, и в отношении которых жалоба или представление не были поданы. В этом случае уголовное дело должно быть проверено и в отношении этих лиц. При этом не может быть допущено ухудшение их положения.

Как отмечалось выше (§ 1 гл. 26 учебника), так называемая *чистая кассация*, применяемая в большинстве зарубежных уголовно-процессуальных систем континентального типа, предполагает проверку судебных решений исключительно по юридическим основаниям, т.е. лишь по вопросу о нарушениях нижестоящим судом норм материального или процессуального права. Чистой кассации не свойственна оценка судом собранных по делу доказательств, она не предполагает рассмотрения судом фактической стороны дела и ограничивается проверкой решения суда без проведения следственных действий. При этом невозможно *окончательное разрешение* дела — судебное решение не может быть изменено, а дело не может быть прекращено, допускается лишь отмена приговора и направление дела на новое судебное разбирательство либо оставление жалобы без удовлетворения.

Однако та форма кассационного производства, которая получила закрепление в гл. 45 УПК РФ, вовсе не ограничивает кассационный суд рассмотрением одних только вопросов применения права. Если позволяют пределы требований, очерченные в кассационной жалобе или представлении, он вправе оценивать доказательства и вдаваться в вопросы установления *фактических обстоятельств*. Здесь допускается также и проведение *следственных действий*, причем в порядке, предусмотренном для проведения судебного следствия в суде первой инстанции (ч. 4 ст. 377), — правда, не для собирания новых, а только для проверки по ходатайству сторон уже имеющихся в деле доказательств. Наконец, кассационное производство по УПК РФ может завершиться принятием судом *окончательного* решения — изменением приговора или прекращением дела. Названные особенности свидетельствуют, что данная процедура в российском уголовном процессе является не чистой, а так называемой *смешанной кассацией*, где черты кассационного производства переплетаются с существенными элементами апелляционной формы.

Собственно *кассационные* признаки описываемой процедуры проявляют себя в следующем:

— сужены возможности собирания и использования *новых доказательств*, которые не могут быть получены в кассационном производстве посредством проведения следственных действий. Их нельзя использовать и для вынесения окончательного решения — изменения приговора или его отмены с прекращением уголовного дела (ч. 6 ст. 377);

— кассационный суд, в отличие от апелляционной инстанции, не вправе выносить по делу *нового приговора* (ст. 378);

— основания для отмены или изменения судебного решения не затрагивают *полноты исследования доказательств* судом первой или апелляционной инстанции (ст. 379), поскольку этот вопрос может быть решен только в условиях полного, а не ограниченного судебного следствия, имеющего место в кассационной инстанции.

3. Субъекты кассационного производства

Субъекты кассационного производства совпадают с субъектами пересмотра уголовного дела в апелляционном порядке. Их также можно разделить на две группы: а) субъекты обжалования; б) субъекты пересмотра, которые принимают решения по поданной жалобе или представлению.

Субъектами обжалования судебных решений в кассационной инстанции являются осужденный, оправданный, их защитники и законные представители, государственный обвинитель или вышестоящий прокурор, потерпевший и его представитель. Гражданский истец, гражданский ответчик или их представители вправе обжаловать судебное решение в части, касающейся гражданского иска. Акт реагирования государственного обвинителя или вышестоящего прокурора на судебное решение именуется кассационным представлением (ст. 375). Лица, в отношении которых осуществляется производство о применении принудительных мер медицинского характера, вправе лично знакомиться с материалами уголовного дела, участвовать в судебном заседании при его рассмотрении, заявлять ходатайства, инициировать рассмотрение вопроса об изменении и прекращении применения указанных мер и обжаловать, в том числе в кассационном порядке, принятые по делу процессуальные решения¹.

Кассационная жалоба должна содержать:

- наименование суда кассационной инстанции, в который подается жалоба или представление;
- данные о лице, подавшем жалобу или представление, с указанием его процессуального положения, места жительства или места нахождения;
- указание на приговор или иное обжалуемое решение и наименование суда, его вынесшего;
- доводы лица, подавшего жалобу или представление, с указанием оснований для отмены или изменения приговора или иного судебного решения;
- перечень прилагаемых к жалобе или представлению материалов;
- подпись лица, подавшего жалобу или представление.

Несоответствие жалобы или представления этим требованиям препятствует рассмотрению уголовного дела, а жалоба или представление возвращаются судьей, которому они поданы, соответствующей стороне. При этом он назначает срок для устранения недостатков жалобы или представления и нового их представления. В случае если требования кассационной инстанции не выполнены и жалоба или представление в установленный судьей срок не поступили, о чем выносится соответствующее постановление, они считаются не поданными, кассационное производство по делу прекращается, а судебное решение считается вступившим в законную силу. О прекращении кассационного производства суд выносит определение.

В целях подтверждения оснований жалобы или представления заявитель может не только ссылаться в них на уже имеющиеся в материалах дела доказательства, но также представить в суд вместе с жалобой или представлением новые предметы и документы, а также ходатайствовать о вызове в суд указанных им свидетелей и экспертов.

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 20.11.2007 № 13-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 402, 433, 437, 438, 439, 441, 444 и 445 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.Г. Абламского, О.Б. Лобашовой и В.К. Матвеева» // Российская газета. 28.11.2007 г.

Субъектами пересмотра решений в кассационном порядке являются судебные коллегии по уголовным делам верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа; окружные (флотские) военные суды; Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ; Военная коллегия Верховного Суда РФ; Кассационная коллегия Верховного Суда РФ.

§ 2. ПРОЦЕДУРА КАССАЦИОННОГО ПЕРЕСМОТРА УГОЛОВНОГО ДЕЛА

1. Подача кассационных жалоб и представлений

Подача кассационных жалоб и представлений аналогична той, которая существует в апелляционном производстве (см. § 2 гл. 27 учебника), с тем отличием, что кассационные жалобы и представления подаются сторонами не в районный суд, а в вышестоящую судебную инстанцию через суд, вынесший обжалуемое решение.

Кассационные жалобы и представления подаются в следующие судебные инстанции:

— на приговор или иное решение первой или апелляционной инстанции районного суда — в судебную коллегию по уголовным делам верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа;

— на приговор или иное решение верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа — в Судебную коллегию по уголовным делам Верховного Суда РФ;

— на приговор или иное решение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации — в Кассационную коллегию Верховного Суда РФ.

Приговоры и иные решения *военных судов* обжалуются в кассационном порядке в вышестоящие военные суды, указанные в федеральном конституционном законе о военных судах.

Содержание кассационной жалобы или представления почти полностью повторяет их содержание в апелляционном производстве.

2. Назначение и подготовка заседания суда кассационной инстанции

При поступлении уголовного дела с кассационными жалобой или представлением судья суда кассационной инстанции назначает дату, время и место судебного заседания, о чем стороны должны быть извещены не позднее 14 суток до дня судебного заседания. На практике суды кассационной инстанции обычно выделяют районным судам определенные дни рассмотрения дел по кассационным жалобам и представлениям, поэтому о дне рассмотрения дела в кассационной инстанции (согласно полученному из вышестоящего суда графику) лицу, подавшему жалобу, немедленно объявляется под расписку на жалобе, а приславшему жалобу по почте направляется уведомление. Это позволяет согласовать со сторо-

ной удобное для нее время рассмотрения дела, предотвращая тем самым возможное отложение судебного заседания.

Закон (ч. 2 ст. 376 УПК) предписывает известить о дате, времени и месте рассмотрения уголовного дела судом кассационной инстанции стороны, т.е. государственного обвинителя, частного обвинителя, потерпевшего и его представителя, осужденного или оправданного, его защитника и законного представителя, гражданского истца и гражданского ответчика и их представителей. Согласно п. 14 ч. 4 ст. 44 и п. 10 ч. 2 ст. 54, соответственно гражданский истец и гражданский ответчик (а также их представители) вправе участвовать в судебном разбирательстве уголовного дела в судах первой, второй и надзорной инстанций. В случае, если дело рассматривается судом кассационной инстанции по их жалобам в части гражданского иска, участие этих лиц в судебном заседании является необходимым.

Осужденный, содержащийся под стражей и заявивший о своем желании присутствовать при рассмотрении жалобы или представления на приговор, вправе участвовать в судебном заседании непосредственно либо изложить свою позицию путем использования систем видеоконференц-связи. Явившийся в судебное заседание осужденный или оправданный допускается к участию в нем во всех случаях.

Поскольку доставка изъявившего желание участвовать при рассмотрении жалобы и представления осужденного, содержащегося под стражей, в суд кассационной инстанции (особенно если в качестве таковой выступает Верховный Суд РФ) может вызывать серьезные практические трудности, закон предусмотрел возможность изложения позиции осужденного посредством системы *видеоконференц-связи*. Она представляет собой комплекс видео- и аудиооборудования, а также каналов связи, соединяющих места содержания под стражей и залов судебных заседаний, обеспечивающий дистанционное участие осужденных в рассмотрении дела.

Неявка лиц, своевременно извещенных о дате, времени и месте заседания суда кассационной инстанции, не препятствует рассмотрению уголовного дела, однако лицо, подавшее жалобу или представление, а также потерпевший, осужденный или оправданный, его защитник и законный представитель могут ходатайствовать об отложении рассмотрения их дела, если не могут принять в нем участие. Когда причина неявки уважительная, суду следует удовлетворять такое ходатайство.

3. Порядок рассмотрения уголовного дела судом кассационной инстанции. Дополнительно представленные материалы

Процедура рассмотрения дела судом кассационной инстанции складывается из подготовительной части, основной части и вынесения решения судом. В подготовительной части председательствующий судья открывает судебное заседание и объявляет, какое уголовное дело рассматривается и по чьей кассационной жалобе или представлению; состав суда, фамилии, имена и отчества лиц, являющихся сторонами по уголовному делу и присутствующих в судебном заседании, а также фамилию, имя и отчество переводчика, если он участвует в судебном заседании. Затем председательствующий выясняет у участников судебного разбирательства, имеются ли у них отводы и ходатайства, которые разрешаются судом.

В основной части судебного разбирательства судья-докладчик кратко излагает содержание приговора или иного обжалуемого судебного решения, а также кассационных жалоб или представлений. Суд заслушивает выступления стороны, подавшей жалобу или представление в обоснование своих доводов, и возражения другой стороны.

Важнейшей новеллой кассационного рассмотрения уголовных дел, введенной УПК РФ, является, на наш взгляд, возможность проведения здесь *по ходатайству стороны судебного следствия*, в ходе которого, по правилам гл. 37 УПК, регулирующей проведение судебного следствия в суде первой инстанции (а именно эта глава упоминается в ч. 4 ст. 377 как нормативная основа для исследования доказательств в кассационном суде), могут *непосредственно* исследоваться доказательства. В соответствии же с этими правилами судом могут: допрашиваться осужденный или оправданный, потерпевший, свидетели и эксперты, осматриваться вещественные доказательства, при необходимости — также местность или помещения, оглашаться протоколы следственных и судебных действий, проводится освидетельствование. Важно подчеркнуть, что предметом данных процессуальных действий может являться лишь *проверка ранее собранных* в ходе предварительного следствия и судебного разбирательства доказательств, но не собирание новых доказательств. Эта новация кардинально меняет сущность процедуры пересмотра судебных решений в данной стадии. Во многом благодаря разрешению на проведение исследования доказательств методами судебного следствия она перестает быть чисто кассационной, приближаясь по своей процессуальной форме и характеру принимаемых решений к апелляции, которая более соответствует стандартам состязательного судопроизводства, нежели кассация¹.

В подтверждение или опровержение доводов, приведенных в кассационных жалобе и (или) представлении, стороны вправе представить в суд кассационной инстанции так называемые *дополнительные материалы*. Дополнительные материалы, по сути, являются судебными доказательствами, но особого рода. С физической стороны — это предметы и документы. Юридически они не могут быть получены путем

¹ Следует, однако, иметь в виду, что Пленум Верховного Суда РФ занял в этом вопросе весьма осторожную позицию. В пункте 25 постановления от 05.03.2004 № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» записано: «В соответствии с частью 4 статьи 377 УПК РФ при рассмотрении уголовного дела в кассационном порядке суд вправе по ходатайству стороны *непосредственно* (курсив мой. — А.С.) исследовать доказательства в соответствии с требованиями главы 37 УПК РФ. Под таким исследованием следует понимать проверку имеющихся в уголовном деле доказательств, получивших оценку суда первой инстанции (оглашение показаний свидетелей, потерпевшего, заключения эксперта и т.п.)». Как можно видеть, Пленум прямо говорит лишь об *оглашении* письменных протоколов и документов, хотя благодаря словам «...и т.п.», идущим после упоминания об оглашении, логически можно сделать вывод и о возможности проведения здесь, помимо оглашения документов, непосредственных следственных действий по проверке доказательств (Российская газета. 25.03.2004 г.). Однако точку в этом споре, как представляется, поставило Постановление Конституционного Суда РФ от 16.05.2007 № 6-П по делу о проверке конституционности положений ст. 237, 413 и 418 УПК РФ в связи с запросом президиума Курганского областного суда, в п. 6 которого прямо указано: «Гарантируемое Конституцией Российской Федерации право на судебную защиту подразумевает создание государством необходимых условий для эффективного и справедливого разбирательства дела прежде всего в суде первой инстанции, где разрешаются все существенные для определения прав и обязанностей сторон вопросы; ошибки же, допущенные судом первой инстанции, подлежат исправлению *судом второй инстанции в процедурах, наиболее приближенных к производству в суде первой инстанции*» (курсив мой. — А.С.).

производства следственных действий, а также положены в основу окончательного решения суда кассационной инстанции по делу — об изменении приговора или иного судебного решения или его отмене с прекращением уголовного дела. Исключение составляют лишь совершенно бесспорные случаи, когда содержащиеся в таких материалах данные или сведения не требуют дополнительной проверки и оценки судом первой инстанции (например, официальные документы, подтверждающие факт смерти осужденного после подачи им кассационной жалобы, недостижение осужденным возраста уголовной ответственности, отсутствие прежней судимости). Вместе с тем с помощью дополнительных материалов после оценки их судом в совокупности со всеми другими материалами дела может быть обосновано промежуточное решение суда об отмене приговора и направлении дела на новое судебное разбирательство. Дополнительные материалы — документы приобщаются судом к уголовному делу, если имеют к нему отношение. Дополнительные материалы — предметы должны быть прежде осмотрены судом и только после этого приобщены к делу. На наш взгляд, решение о приобщении их к делу должно оформляться определением суда кассационной инстанции. По смыслу закона кассационный суд не вправе по своей инициативе истребовать дополнительные материалы — это всецело дело сторон.

Лицо, представляющее суду дополнительные материалы, обязано указать, каким путем они получены и в связи с чем возникла необходимость их представления. Представляется, что получение этих материалов с нарушениями норм федеральных законов, как правило, влечет за собой признание их недопустимыми и отказ в приобщении к уголовному делу.

§ 3. РЕШЕНИЯ, ПРИНИМАЕМЫЕ СУДОМ КАССАЦИОННОЙ ИНСТАНЦИИ, И ПРЕДЕЛЫ ЕГО ПОЛНОМОЧИЙ

1. Решения суда кассационной инстанции

По результатам рассмотрения уголовного дела кассационный суд в совещательной комнате принимает в форме определения одно из следующих решений (ст. 378 УПК):

- 1) об оставлении приговора или иного обжалуемого судебного решения без изменения, а жалобы или представления без удовлетворения;
- 2) об отмене приговора или иного обжалуемого судебного решения и о прекращении уголовного дела;
- 3) об отмене приговора или иного обжалуемого судебного решения и о направлении уголовного дела на новое судебное разбирательство в суд первой или апелляционной инстанции со стадии предварительного слушания, или судебного разбирательства, или действий суда после вынесения вердикта присяжных заседателей;
- 4) об изменении приговора или иного обжалуемого судебного решения.

Представляется, что суд кассационной инстанции вправе *прекратить уголовное дело* по любым основаниям, предусмотренным УПК. Прежде всего, следует указать на основания для прекращения уголовного дела, названные в ст. 24—28 УПК (см. о них § 2 гл. 17 учебника). Определенную трудность вызывает возможность прекращения здесь дела по таким основаниям, как примирение сторон (ст. 25) и деятельное раскаяние (ст. 28). Она связана с тем, что по буквальному смыслу п. 2 ч. 1 ст. 378 кассационная инстанция вправе прекратить дело лишь одновременно с отменой при-

говора. Закон не предусматривает такого основания для отмены приговора, как примирение сторон и деятельное раскаяние обвиняемого (ст. 379). Необходимо учитывать, что состязание сторон при рассмотрении дела в кассационной инстанции еще не закончено (см. об этом § 2 гл. 26 учебника), в то время как примирение сторон и принятие деятельного раскаяния есть результат состязательной деятельности сторон, выражающийся, в частности, и в праве обвинителей согласиться с освобождением обвиняемого от уголовной ответственности. Следует принять во внимание и то, что главной целью (назначением) уголовного судопроизводства является защита прав и законных интересов потерпевших (п. 1 ч. 1 ст. 6 УПК), а в случае примирения сторон законный интерес потерпевшей стороны состоит именно в прекращении уголовного дела. В этой связи отмена приговора с прекращением дела ввиду примирения сторон или деятельного раскаяния обвиняемого может, по нашему мнению, иметь своим основанием несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела (п. 1 ч. 1 ст. 379), объективно допускающим освобождение лица от уголовной ответственности по указанным основаниям. При этом отмена приговора и прекращение дела остаются правом, а не обязанностью суда кассационной инстанции¹.

Суд кассационной инстанции вправе также прекратить уголовное дело по основаниям, указанным в ч. 2 ст. 443, а именно если в ходе рассмотрения дела придет к выводу, что: а) имеющиеся доказательства и дополнительно представленные материалы доказывают, что осужденный совершил деяние в состоянии невменяемости или что у него после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания или его исполнение; б) осужденный не представляет опасности по своему психическому состоянию либо им совершено деяние небольшой тяжести.

Кассационная инстанция может также *направить дело на новое судебное разбирательство* — в суд первой или апелляционной инстанции. При этом действует уже упоминавшееся нами при рассмотрении апелляционного производства правило *свободы обжалования судебного решения*. Оно гарантирует осужденного (оправданного) от угрозы, что вышестоящий суд, рассмотрев жалобу стороны защиты, имеющую целью облегчить его положение, примет еще более неблагоприятное для него решение. В этой связи ухудшение положения осужденного или оправданного должно допускаться только по жалобе (представлению) со стороны обвинения (представлению прокурора, заявлению частного обвинителя, потерпевшего или его представителя). Это условие предусмотрено для отмены обвинительного приговора в связи с необходимостью: а) *применения закона о более тяжком преступлении* (ч. 4 ст. 360); б) *назначения осужденному более строгого наказания* (ч. 2 ст. 383); в) *отмены оправдательного приговора* (ст. 385).

Изменение приговора допускается, если этим не ухудшается положение осужденного и не нарушается его право на защиту. В частности, суд вправе:

— *переквалифицировать содеянное на статью (часть статьи) или несколько статей закона, предусматривающих менее тяжкие преступления, если такое изменение*

¹ Вместе с тем представляется, что в случаях деятельного раскаяния, предусмотренного ч. 2 ст. 75 УК РФ и примечаниями к ряду статей УК РФ (ст. 205, 206, 228, 291 и др.), освобождение от уголовной ответственности с прекращением уголовного преследования (дела) является не правом, а обязанностью как обвинителя, так и суда (например, при вымогательстве взятки со стороны должностного лица или добровольном сообщении взяткодателя о даче взятки прокурору).

не будет означать признание осужденного виновным в совершении преступления, *существенно отличающегося по фактическим обстоятельствам* от обвинения, сформулированного в приговоре;

- исключить из квалификации по данной статье признаки состава преступления, отягчающие ответственность осужденного;

- исключить статью закона, предъявленную излишне вследствие ошибочной оценки содеянного как идеальной совокупности двух преступлений, не отменяя приговора и не прекращая дела в части обвинения по этой статье.

Если в ходе судебного рассмотрения в кассационной инстанции выяснится необходимость применения к осужденному уголовного закона о более тяжком преступлении или о назначении ему в соответствии с этим более сурового наказания, то приговор (при соблюдении названного выше правила свободы его обжалования) должен быть не изменен, а отменен, дело же направлено на новое судебное рассмотрение.

С учетом проверочных возможностей судебного следствия, которое, по нашему мнению, может теперь проводиться в суде кассационной инстанции (ч. 4 ст. 377), из УПК РФ исключено положение, имевшее место в УПК РСФСР (ч. 2 ст. 350), о том, что кассационная инстанция не вправе вносить в приговор изменения, основанные на не установленных судом первой инстанции обстоятельствах или отвергнутых им доказательствах. Иначе говоря, кассационная инстанция при изменении судебного решения вправе отвергать обстоятельства, признанные установленными судом первой или апелляционной инстанции, и, наоборот, признавать установленными иные обстоятельства, однако, как правило, только при том условии, что необходимые для этого доказательства уже имелись в данном деле, но были неверно оценены судом, чье решение пересмотрено.

2. Пределы прав кассационной инстанции

Как следует из сказанного выше, права кассационной инстанции ограничены следующими положениями закона. А именно, кассационная инстанция:

- проверяет законность, обоснованность и справедливость судебного решения, как правило, не в полном объеме, а лишь в той его части, в которой оно обжаловано (более подробно см. об этом § 1 настоящей главы);

- не вправе ухудшить положение осужденного по сравнению с пересматриваемым судебным решением, изменив его и усилив при этом наказание либо применив уголовный закон о более тяжком преступлении. Однако она вправе смягчить осужденному наказание или применить уголовный закон о менее тяжком преступлении;

- может отменить судебное решение в связи с необходимостью ухудшения положения обвиняемого и направить дело на новое рассмотрение в суд первой или апелляционной инстанции *только по жалобе или представлению стороны обвинения*. При этом оправдательный приговор, постановленный на основании оправдательного вердикта присяжных заседателей, имеет особую защиту. Для его отмены, помимо названного выше условия, пригодно лишь одно основание — нарушение уголовно-процессуального закона, причем только такое, которое: а) ограничило право прокурора, потерпевшего или его представителя на представление доказательств либо б) повлияло на содержание поставленных перед присяжными заседателями вопросов и ответов на них (ч. 2 ст. 385). К числу нарушений первой группы можно отнести, например,

незаконный отказ в удовлетворении ходатайств о приобщении к делу доказательств; о допросе явившихся в судебное заседание свидетелей и специалистов. К нарушениям второй группы следует причислить, например, неправильную постановку вопросов присяжным заседателям; необъективность напутственного слова председательствующего судьи; нарушение тайны совещания присяжных с оказанием на них влияния в пользу дачи тех или иных ответов на поставленные им вопросы;

— при отмене или изменении судебного решения вправе указать в своем определении: а) на нарушения процессуальных норм, подлежащих устранению при новом судебном разбирательстве; б) обстоятельства, повлекшие назначение несправедливого наказания; в) основания отмены приговора (ч. 2 ст. 388). Вместе с тем при *отмене приговора и направлении уголовного дела на новое судебное рассмотрение* суд кассационной инстанции не вправе предрешать вопросы (ч. 2 ст. 386):

- 1) о доказанности или недоказанности обвинения,
- 2) достоверности или недостоверности того или иного доказательства,
- 3) преимуществах одних доказательств перед другими,
- 4) мере наказания.

Однако кассационной инстанции не запрещено при направлении дела на новое судебное рассмотрение давать нижестоящему суду указания *о применении того или иного уголовного закона* (за исключением вопроса о мере наказания). Вместе с тем указания кассационной инстанции не должны *предрешать* выводы нижестоящего суда относительно существования уголовного дела (т.е. по вопросам доказанности обвинения, квалификации преступления, наказания) при новом его рассмотрении. Суд, не согласный с мнением суда кассационной инстанции, сформулированным применительно к существу уголовного дела, вправе при новом рассмотрении дела принять процессуальное решение в соответствии со своим убеждением¹.

§ 4. ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ОТМЕНЫ ИЛИ ИЗМЕНЕНИЯ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ В КАССАЦИОННОМ ПОРЯДКЕ

1. Понятие, значение и виды кассационных оснований

С точки зрения модели так называемой *чистой* кассации основаниями для пересмотра судебных решений могут служить лишь нарушения норм материального и процессуального права, которые привели к постановлению незаконного судебного решения. То есть кассационными основаниями, в отличие от оснований апелляционных, не охватывается, согласно этой модели, фактическая обоснованность судебного решения. Однако смешанный тип, к которому принадлежит российское кассационное производство, допускает пересмотр решений по основаниям не только юридического, но и фактического характера. Кассационными основаниями для отмены или изменения судебного решения в нашем уголовном процессе являются такие ошибки и нарушения, допущенные при возбуждении уголовного дела, предварительном расследовании или судебном разбирательстве, а также вновь открывшиеся или новые обстоятельства (см. о них § 2 гл. 30 учеб-

¹ Определение Конституционного Суда РФ от 05.11.2004 № 380-О по запросу Всеволожского городского суда Ленинградской области о проверке конституционности ч. 6 ст. 388 и ч. 1 ст. 402 УПК РФ / Вестник Конституционного Суда РФ. 2005. № 2.

ника), которые указывают на незаконность, необоснованность или несправедливость судебного решения, еще не вступившего в законную силу. Следует особо обратить внимание на то, что новые или вновь открывшиеся обстоятельства, будучи обнаружены до вступления судебного решения в законную силу, также выступают в роли кассационных оснований для пересмотра судебных решений, однако после вступления решения в силу они влекут за собой иную процедуру — возобновление производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств (гл. 49 УПК). Таким образом, кассационные основания пересмотра по своему содержанию отличаются наибольшей полнотой — они охватывают практически все причины для отмены или изменения судебных решений, если те были обнаружены до вступления их в законную силу.

Значение кассационных оснований состоит в том, что они: а) позволяют незамедлительно пересмотреть по жалобам или представлению сторон неправосудное решение — еще до того, как оно повлечет за собой вредные последствия; б) служат ориентиром и критерием законной деятельности для судов, органов предварительного расследования и других участников процесса.

Законом установлены следующие основания отмены или изменения приговора в кассационном порядке:

- несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом первой или апелляционной инстанции;
- нарушение уголовно-процессуального закона;
- неправильное применение уголовного закона;
- несправедливость приговора (ч. 1 ст. 379).

Из перечня оснований для отмены или изменения судебного решения в УПК РФ, в отличие от УПК РСФСР (ст. 343), исключена односторонность или неполнота дознания, предварительного или судебного следствия. Дело в том, что кассационная инстанция хотя и вправе непосредственно исследовать доказательства (ч. 4 ст. 377 УПК РФ), однако судебного следствия в полном объеме не проводит и потому не может вполне достоверно судить о всесторонности и полноте ранее проведенного предварительного расследования и судебного следствия.

Определенные особенности имеют основания для отмены или изменения судебных решений, вынесенных с участием присяжных заседателей. Закон исходит из того, что достоверность фактических обстоятельств уголовного дела, установленных вердиктом присяжных, достаточно обеспечена и не может быть поставлена под сомнение. Это объясняется высокой степенью независимости присяжных заседателей и выработкой их решений в условиях расширенной коллегиальности. Поэтому кассационный суд не вправе здесь вдаваться в оценку доказательств и пересматривать решения, вынесенные в суде с участием присяжных заседателей, по такому основанию, как «несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела» (п. 1 ч. 1 ст. 379). Вместо него применяется другое основание, учитывающее повышенную авторитетность вердикта присяжных, а именно — *противоречие приговора вердикту присяжных заседателей* (ч. 3 ст. 386). Кроме того, основаниями для пересмотра этих судебных решений могут служить: а) нарушение уголовно-процессуального закона; б) неправильное применение уголовного закона; в) несправедливость приговора, т.е. основания сугубо юридического характера. Таким образом, при пересмотре судебных решений, вынесенных в суде с участием присяжных заседателей, кассационное производство в российском уголовном процессе в наибольшей степени приближено к модели чистой кассации.

2. **Несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре или ином судебном решении, фактическим обстоятельствам уголовного дела**

Данное основание относится к существу дела и требует от субъекта пересмотра судебного решения оценки доказательств. Согласно ст. 380 УПК приговор или иное судебное решение признаются не соответствующими фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом первой или апелляционной инстанции, если:

1) выводы суда не подтверждаются доказательствами, рассмотренными в судебном заседании;

2) суд не учел обстоятельства, которые могли существенно повлиять на выводы суда;

3) при наличии противоречивых доказательств, имеющих существенное значение для выводов суда, в приговоре не указано, по каким основаниям суд принял одни из этих доказательств и отверг другие;

4) выводы суда, изложенные в приговоре, содержат существенные противоречия, которые повлияли или могли повлиять на решение вопроса о виновности или невиновности осужденного или оправданного, на правильность применения уголовного закона или определение меры наказания.

Название указанной статьи недостаточно точно. Из ее наименования, на первый взгляд, вытекает, что данное кассационное основание заключается в несоответствии *материально-правовых* выводов суда — о квалификации преступления, виде и мере наказания — фактическим обстоятельствам дела. Однако, по смыслу закона, имеется в виду иное — несоответствие выводов суда о *фактических обстоятельствах дела* исследованным судом *доказательствам*.

Выводы суда не подтверждаются доказательствами, рассмотренными в судебном заседании (п. 1 ст. 380), во-первых, когда все доказательства собраны полно и правильно, но из них сделаны судом *логически* неправильные выводы о фактических обстоятельствах дела. Так, например, суд в определении по конкретному делу, основываясь на выводе экспертов-психиатров о слабоумии подсудимого К. в момент проведения обследования, сделал вывод о том, что и два года назад подсудимый был слабоумен, основываясь лишь на том соображении, что «процесс развития слабоумия имеет только прогрессивное течение». Однако из прогрессирования процесса, т.е. его развития от меньшего к большему, суд должен был сделать прямо противоположный логический вывод, а именно о том, что два года назад психическое болезненное состояние подсудимого было менее выражено либо вообще еще не существовало.

Во-вторых, для применения данного основания мыслима ситуация, когда выводы суда первой или апелляционной инстанции не подтверждаются доказательствами, рассмотренными им в судебном заседании, если эти доказательства признаны кассационным судом недопустимыми.

Суд *не учел обстоятельств* (следует читать — «доказательств»), которые могли существенно повлиять на выводы суда (п. 2 ст. 380), когда при построении своих выводов об обстоятельствах дела он проигнорировал некоторые доказательства, которые, будь они приняты во внимание, заставили бы сделать существенно иной вывод. Например, по делу о незаконном приобретении, хранении и сбыте наркотических средств суд не учел показаний подсудимого В. и ряда свидетелей о том, что лицо,

негласно действовавшее по заданию милиции в рамках оперативного эксперимента и приобретшее наркотик у подсудимого, долго уговаривало последнего купить для него героин, мотивируя это тем, что без приема наркотика может умереть, и, обещая «угостить» подсудимого, тоже наркомана, приобретенным средством. Между тем по данному делу имело место уголовно наказуемое подстрекательство подсудимого к приобретению наркотика, и суду необходимо было учесть названные показания подсудимого и свидетелей при оценке допустимости полученных в результате такого оперативно-розыскного мероприятия доказательств.

Кассационное основание имеет место и тогда, когда при наличии *противоречивых доказательств*, имеющих существенное значение для выводов суда, в приговоре или ином судебном решении не указано, по каким основаниям суд принял одни из этих доказательств и отверг другие (п. 3 ст. 380). При этом выводы суда об обстоятельствах дела могут быть фактически правильными, однако в приговоре отсутствует мотивировка того, почему суд отвергает часть доказательств и принимает противоположные доказательства.

Так, по делу Ш., обвиняемого в вымогательстве и незаконном лишении свободы, судом были заслушаны свидетели, давшие показания об алиби подсудимого, однако в приговоре суд не оговорил, почему он не счел эти показания достоверными и принял за основу своего решения лишь обвинительные показания потерпевшей.

Следующее кассационное основание состоит в отсутствии в приговоре *надлежащей мотивировки* (п. 4 ст. 380). Однако это касается не устраненного судом *противоречия* не в доказательствах, а в *фактических обстоятельствах дела*, которое повлияло или могло повлиять на решение вопроса о виновности или невиновности осужденного или оправданного, на правильность применения уголовного закона или определение меры наказания. Например, во вводной части приговора говорится об отсутствии судимости у подсудимого, а в описательно-мотивировочной или резолютивной части, напротив, — о ее наличии. Другой пример. По делу П., обвинявшегося в разбойном нападении, суд, с одной стороны, указал, что подсудимый применил насилие, опасное не только для здоровья, но и *жизни* потерпевшего, а с другой — согласился с заключением судебно-медицинского эксперта, что телесные повреждения, причиненные потерпевшему, относятся к категории легких, повлекших лишь кратковременное расстройство *здоровья*.

3. Нарушение уголовно-процессуального закона

Это основание имеет своим объектом нарушения норм права, в данном случае уголовно-процессуального. Вместе с тем его нельзя считать сугубо формальным, ибо процессуальные нормы в конечном счете призваны обеспечить правильность рассмотрения дела по существу. Поэтому нарушения уголовно-процессуального права могут порождать основания для пересмотра судебного решения лишь в том случае, когда они реально нанесли ущерб либо законности, либо фактической обоснованности и справедливости судебного решения, либо когда такое их негативное влияние на правосудность судебного решения не исключено. Так, согласно ч. 1 ст. 381 УПК основанием для отмены или изменения судебного решения в кассационном порядке являются такие процессуальные нарушения, которые путем лишения или ограничения гарантированных уголовно-процессуальным

законом прав участников уголовного судопроизводства, несоблюдения процедуры судопроизводства или иным путем повлиять или могли повлиять на законность, обоснованность и справедливость приговора.

Следует, однако, заметить, что данная законодательная формулировка процессуальных оснований для пересмотра судебных решений недостаточно определена и потому нуждается в изъяснительном толковании. В самом деле, способность тех или иных процессуальных правил влиять на законность, обоснованность и справедливость судебного решения различна. «Казалось бы, — писал И. Я. Фойницкий, — что всякое отступление от процессуального закона должно служить достаточным поводом к кассации. Но абсолютное принятие этого положения имело бы необходимым результатом крайнее колебание судебной деятельности. Правила и обряды судопроизводства так многочисленны, что ни один суд не может быть уверенным в точном соблюдении всех их. По силе и значению они представляют глубокое различие: нарушение одних может устранить возможность признания самого приговора, другие не оказывают столь решительного влияния»¹. В связи с этим необходим критерий, с помощью которого можно было бы точно определять, какие процессуальные нарушения представляют реальную опасность для правосудности судебного решения, а какие нет. Это порождает сложную проблему определения *существенных процессуальных нарушений*, действительно способных повлиять на законность, обоснованность и справедливость судебного решения, и отграничения их от прочих нарушений процессуальной формы, вредные последствия которых лежат в иной плоскости.

Представляется, что существенными процессуальными нарушениями, которые могут повлиять на постановление законного, обоснованного и справедливого приговора или иного судебного решения следует считать только те, которые необратимо нарушают исходные начала *всего* состязательного судопроизводства — принципы *равенства сторон* и *независимости суда*. В совокупности эти принципы образуют главную, «несущую» конструкцию состязательного процесса. Отступление от них способно серьезно пошатнуть все здание правосудия и может квалифицироваться как существенное процессуальное нарушение (см. об этом также § 4 гл. 4 и § 3 гл. 7 учебника). Однако последствия существенных процессуальных нарушений могут быть различными. В одних случаях они влекут за собой недопустимость полученных доказательств или признание незаконными отдельных процессуальных актов, в других — аннулирование результатов всего процесса (отмену приговора или иного итогового судебного решения). Последнее должно иметь место тогда, когда существенные процессуальные нарушения приводят к ошибочному приговору либо оставляют неустранимые сомнения в его обоснованности и справедливости.

Некоторые наиболее одиозные нарушения принципов равенства сторон и независимости суда возведены законодателем в ранг так называемых безусловных оснований для отмены или изменения судебного решения и закреплены в ч. 2 ст. 381. К ним относятся:

— прекращение уголовного дела судом при наличии для этого законных оснований, предусмотренных ст. 254;

— постановление приговора незаконным составом суда или вынесение вердикта незаконным составом коллегии присяжных заседателей;

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. II. СПб., 1996. С. 551.

- рассмотрение уголовного дела в отсутствие подсудимого, за исключением случаев, предусмотренных ч. 4 ст. 247;
- рассмотрение уголовного дела без участия защитника, когда его участие является обязательным в соответствии с УПК, или с иным нарушением права обвиняемого пользоваться помощью защитника;
- нарушение права подсудимого пользоваться языком, которым он владеет, и помощью переводчика;
- непредоставление подсудимому права участия в прениях сторон;
- непредоставление подсудимому последнего слова;
- нарушение тайны совещания коллегии присяжных заседателей при вынесении вердикта или тайны совещания судей при постановлении приговора;
- обоснование приговора доказательствами, признанными судом недопустимыми;
- отсутствие подписи судьи или одного из судей, если уголовное дело рассматривалось судом коллегиально, на соответствующем судебном решении;
- отсутствие протокола судебного заседания.

Здесь законодателем, по существу, использованы неопровержимые презумпции причинения данными процессуальными нарушениями вреда основополагающим началам судопроизводства.

4. Неправильное применение уголовного закона

Это основание для отмены или изменения приговора также является не процессуальным, а материально-правовым. Неправильным применением уголовного закона, согласно ст. 382 УПК, считаются:

- нарушение требований Общей части Уголовного кодекса;
- применение не той статьи, не того пункта или не той части статьи Особенной части Уголовного кодекса, которые подлежали применению;
- назначение наказания более строгого, чем предусмотрено соответствующей статьей Особенной части Уголовного кодекса.

Под нарушением уголовного закона понимается не только ошибочное применение предписаний, содержащихся в статьях Особенной части УК РФ, описывающих признаки конкретных видов преступлений, но и положений его Общей части, касающихся степени общественной опасности деяний, предусмотренных уголовным законодательством, совокупности и рецидива преступлений, общих условий уголовной ответственности, форм вины, этапов преступной деятельности, соучастия в преступлении, обстоятельств, исключающих преступность деяния, видов наказаний, ряда конкретных правил назначения наказания, норм об освобождении от уголовной ответственности и наказания и т.д.

Неправильным применением уголовного закона считается, в частности, назначение наказания более строгого, чем предусмотрено соответствующей статьей Особенной части УК РФ. Напротив, назначение наказания более мягкого не создает основания для пересмотра приговора, поскольку согласно ст. 64 УК РФ назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление, или назначение наказания ниже низшего предела, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК РФ, — это право суда.

5. Несправедливость приговора

Это основание связано с нарушением судом требований уголовного закона о том, что лицу, признанному виновным в совершении преступления, должно быть назначено судом справедливое наказание в пределах, предусмотренных соответствующей статьей УК РФ (ч. 1 ст. 60). Несправедливым, по буквальному смыслу ч. 1 ст. 383 УПК, признается «приговор, по которому было назначено наказание, не соответствующее тяжести преступления, личности осужденного, либо наказание, которое хотя и не выходит за пределы, предусмотренные соответствующей статьей Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации, но по своему виду или размеру является несправедливым как вследствие чрезмерной мягкости, так и вследствие чрезмерной суровости».

Возможность применения данного основания для пересмотра приговора имеет своим условием соблюдение *правила свободы обжалования приговора*. Приговор может быть отменен и направлен на новое судебное рассмотрение в связи с необходимостью назначения более строгого наказания только при том неременном условии, что по этим основаниям подано представление прокурора либо заявление частного обвинителя, потерпевшего или его представителя, т.е. если он обжалован стороной обвинения (ч. 2 ст. 383). Осужденный, направляя жалобу на приговор и желая таким образом смягчить свою участь, должен быть уверен, что это не пойдет ему во вред и не приведет к повороту наказания к худшему.

§ 1. ПОНЯТИЕ ПЕРЕСМОТРА СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ В ПОРЯДКЕ НАДЗОРА

Вступление приговора (как обвинительного, так и оправдательного) в законную силу означает конец состязания сторон. Вследствие этого становится недопустимым любое требование обвинителя, *несущего всю тяжесть бремени доказывания*, вернуться к вопросу о наступлении или усилении уголовной ответственности лица, в отношении которого состоялось данное судебное решение, за то же самое деяние, если он в отведенное законом для состязания сторон время не сумел всесторонне доказать виновность лица в соответствующем преступлении (*non bis in idem*). Напротив, бывший обвиняемый, освобожденный в силу закона от бремени неблагоприятных последствий доказательственной деятельности, может вновь ставить вопрос о пересмотре состоявшегося судебного решения в свою пользу (см. об этом § 2 гл. 26 учебника). Не исключается постановка вопроса «в пользу обвиняемого» и по инициативе прокурора, выступающего в данном случае как орган надзора за законностью, и даже потерпевшего. Такой пересмотр принял в российском уголовном процессе форму производства в порядке *судебного надзора*.

В ст. 405 УПК записано, что не допускается пересмотр в порядке надзора обвинительного приговора, а также определения и постановления суда:

— в связи с необходимостью применения уголовного закона о более тяжком преступлении;

— ввиду мягкости наказания;

— по иным основаниям, влекущим за собой ухудшение положения осужденного, а также пересмотр *оправдательного приговора* либо определения или постановления суда *о прекращении уголовного дела*.

Следует, однако, иметь в виду, что Постановлением Конституционного Суда РФ ст. 405 УПК РФ была признана неконституционной в той мере, в какой она, не допуская поворот к худшему при пересмотре судебного решения в порядке надзора, не позволяет устранить допущенные в предшествующем разбирательстве *фундаментальные нарушения закона*. Требования правовой определенности и стабильности не являются абсолютными и не препятствуют возобновлению производства по делу при обнаружении допущенных на предыдущих стадиях процесса существенных нарушений, которые имеют *фундаментальный, принципиальный характер и повлияли на исход дела*¹.

При этом Конституционный Суд особо подчеркнул, что установленный ст. 405 УПК запрет на ухудшение положения осужденного или оправданного *сохраняется* при выявлении *фактической необоснованности* судебного решения. Суд надзорной

¹ См. Постановление Конституционного Суда РФ от 11.05.2005 № 5-П по делу о проверке конституционности ст. 405 УПК РФ в связи с запросом Курганского областного суда, жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, производственно-технического кооператива «Содействие», ООО «Карелия» и ряда граждан // Российская газета. 20.05.2005 г.

инстанции не вправе отменить вступивший в законную силу оправдательный приговор со ссылкой на его необоснованность или требовать по этому же основанию пересмотра обвинительного приговора в сторону, ухудшающую положение осужденного, если в ходе предыдущего разбирательства не было допущено существенного нарушения закона. Соответственно, и прокурор или потерпевший не могут ставить перед судом надзорной инстанции вопрос о пересмотре приговора со ссылкой на необоснованность, не подпадающую под этот критерий.

Иначе говоря, если сторона обвинения не смогла фактически доказать виновность лица в совершении преступления и это повлекло за собой необоснованность судебного решения, то такое решение после вступления его в законную силу (окончания состязания сторон) по-прежнему не может быть пересмотрено в надзорной инстанции.

Поскольку со вступлением решения суда в законную силу состязание сторон прекращается, жалоба (представление) заинтересованной стороны является не основанием (как это имело место в апелляционном и кассационном производстве), а лишь *поводом* для начала процедуры пересмотра, настоящим же источником движения процесса отныне служит лишь сила закона и служебный долг судей. Таким образом, развитие процесса обеспечивается здесь *ex officio*. Подобный способ исправления судебных ошибок получил в теории судопроизводства название *ревизионного порядка* пересмотра. Надзорная судебная инстанция, действуя в ревизионном порядке, не связана доводами жалобы или представления и вправе проверять уголовное дело в полном объеме. Ревизионное начало проявляет себя и в том, что объектом надзорного пересмотра может являться значительно более широкий круг судебных решений, чем в апелляционной и кассационной инстанциях.

Вместе с тем *авторитетность* судебного решения, вступившего в законную силу, налагает определенные ограничения на полномочия надзорной инстанции. Если апелляционный элемент, который, как отмечалось нами ранее, относительно силен при существующей, смешанной, кассационной форме пересмотра, то в надзорном производстве он существенно сдает свои позиции. Так, здесь не проводится судебное следствие, а пересмотр судебного решения осуществляется исключительно по письменным материалам уголовного дела. В УПК РФ не предусмотрена возможность представления сторонами в суд надзорной инстанции каких-либо дополнительных материалов. Как результат невозможности непосредственно исследовать доказательства, суд надзорной инстанции при рассмотрении уголовного дела не вправе, в частности, устанавливать или считать доказанными факты, которые не были установлены в приговоре или были им отвергнуты (п. 1 ч. 7 ст. 410). Это дает основания утверждать, что процессуальная форма надзорного пересмотра, как ни парадоксально, фактически находится ближе к модели чистой кассации (которая исключает вторжение суда в рассмотрение вопросов факта), нежели само предусмотренное УПК РФ «смешанное» кассационное производство (см. об этом ч. 2 § 1 гл. 28 учебника). Тем не менее некоторые апелляционные черты сохраняются и при надзорном пересмотре, что выражается в следующем: а) надзорная инстанция может пересматривать судебное решение не только с точки зрения его законности, но и обоснованности (п. 1 ч. 2 ст. 409), т.е. входить в рассмотрение как вопросов права, так и вопросов *факта*; б) она вправе не только отменять, но и *изменять* судебные решения (п. 6 ч. 1 ст. 408). Таким образом, надзорная процедура сочетает в себе признаки кассационного, апелляционного и ревизионного порядков производства с преобладанием ревизионного начала.

Особенностью надзорного производства является то, что суд в этой инстанции имеет дело лишь с такими недостатками предыдущих судебных решений, которые вытекают из уже имеющихся материалов дела. Этим оно отличается от возобновления производства по делу ввиду новых (фактических) или вновь открывшихся обстоятельств, где судебные решения пересматриваются ввиду таких экстраординарных недостатков, которые требуют для своего выявления собирания новых доказательств (см. об этом § 1 гл. 30 учебника). Отсюда следует важный вывод о том, что надзорный пересмотр судебных решений является не исключительной, а ординарной стадией уголовного судопроизводства, цель которой состоит в обеспечении гарантий личности против незаконного и необоснованного осуждения или иного ущемления ее прав состоявшимся судебным решением.

В юридической литературе прежних лет была высказана другая точка зрения о том, что надзорное производство, наряду с возобновлением дел по вновь открывшимся обстоятельствам, является *исключительной (экстраординарной) стадией* уголовного процесса. Данное утверждение обосновывалось двумя аргументами: во-первых, тем, что предметом пересмотра в этой стадии являются вступившие в законную силу судебные решения, и, во-вторых, тем, что надзорное производство (в период действия прежнего уголовно-процессуального законодательства) начиналось в особом порядке — лишь *по инициативе* определенных должностных лиц прокуратуры или суда¹. Однако вступление судебного решения в законную силу вовсе не означает, что оно обрело силу закона и потому его пересмотр является мерой исключительной. Как было показано выше, юридическое значение вступления решения в законную силу состоит в том, что прекращается состязание сторон и в силу принципа *non bis in idem* становится невозможным ухудшение положения обвиняемого, а также в том, что с этого момента начинается исполнение большинства судебных решений. Это не должно препятствовать исправлению нарушений законности, допущенных нижестоящими судами, и эта задача никак не может рассматриваться как исключительная. Что же касается возбуждения надзорного производства по инициативе должностных лиц, то само по себе данное обстоятельство и ранее свидетельствовало не об исключительном характере пересмотра, а лишь о его ревизионной природе. По новому УПК РФ инициатива возбуждения надзорного производства принадлежит не должностным лицам прокуратуры и суда, а сторонам, по чьим жалобам (представлениям) судья надзорной инстанции может принять решение о начале пересмотра (ст. 402, 406).

Подводя итог сказанному, пересмотр судебных решений в порядке судебного надзора можно определить как такую стадию судопроизводства, в которой по материалам уголовного дела осуществляется ревизионная проверка и пересмотр в пользу осужденных или оправданных вступивших в законную силу судебных решений с точки зрения ошибок, допущенных при их принятии нижестоящим судом.

¹ См.: Темушкин О.П. Организационно-правовые формы проверки законности и обоснованности приговоров. С. 178—179; Уголовный процесс : учебник / под ред. К.Ф. Гуценко. М., 2000. С. 463, и др.

§ 2. ОБЪЕКТ, ПРЕДМЕТ И СУБЪЕКТЫ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ В ПОРЯДКЕ НАДЗОРА

1. Объект пересмотра в порядке надзора

В отличие от апелляционного и кассационного производства объектом пересмотра в суде надзорной инстанции являются уже *вступившие в законную силу* приговоры, определения и постановления судов (п. 16 ст. 5 УПК). Круг этих решений более широк — к ним относятся не только решения судов первой и апелляционной, но и кассационной инстанций, а также определения и постановления нижестоящих надзорных инстанций и постановления судов, вынесенные в стадии исполнения приговора.

Вместе с тем, не могут быть объектом пересмотра в надзорном порядке:

— вступившие в законную силу судебные решения, вынесенные в ходе *досудебного производства*, если уголовное дело уже передано в суд первой инстанции для рассмотрения по существу¹;

— вынесенные в ходе судебного разбирательства решения: о порядке исследования доказательств; об удовлетворении или отклонении ходатайств участников судебного разбирательства; о мерах обеспечения порядка в зале судебного заседания, за исключением решений о наложении денежного взыскания (ст. 355 УПК)²;

— постановления председательствующего в суде с участием присяжных заседателей о прекращении уголовного дела в связи с установленной невменяемостью подсудимого (ч. 2 ст. 352);

— постановления конечной судебной инстанции — Президиума Верховного Суда РФ (ст. 403).

Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что «в силу статьи 402 УПК РФ вступившие в законную силу постановления судьи об избрании подозреваемому, обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу (статья 108 УПК РФ) и о продлении им срока содержания под стражей (часть 8 статьи 109 УПК РФ), а также определения (постановления) суда о продлении срока содержания подсудимого под стражей (часть 3 статьи 255 УПК РФ) могут быть пересмотрены в порядке надзора»³.

2. Предмет рассмотрения в суде надзорной инстанции

Предметом рассмотрения дела в надзорном порядке является *судебная проверка законности, обоснованности и справедливости приговора или иного судебного решения*. Однако в отличие от апелляционного и кассационного суда надзорная инстанция не связана доводами жалобы или представления и вправе в ревизионном порядке проверить все производство по уголовному делу *в полном объеме*. Это означает, что суд надзорной инстанции вправе проверить уголовное дело:

— в отношении всех осужденных или оправданных, если по уголовному делу осуждено несколько лиц, а надзорная жалоба или представление подана только одним из них или в отношении некоторых из них (ч. 2 ст. 410);

¹ См. п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11.01.2007 № 1 «О применении судами норм главы 48 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих производство в надзорной инстанции» / Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 1.

² Там же.

³ См. п. 31 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5.03.2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» / Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 5.

— по всем обвинениям и эпизодам обвинения, независимо от того, ставится ли о них вопрос в жалобе или протесте;

— по всем основаниям для отмены или изменения судебного решения (ст. 409), даже если в жалобе или протесте указаны лишь некоторые из них.

Вместе с тем следует иметь в виду, что, проверяя производство по делу в полном объеме, при принятии решения надзорный суд связан правилом о недопустимости ухудшения положения осужденных или оправданных (ст. 405, ч. 3, 5 ст. 410).

3. Субъекты производства в порядке надзора

Субъекты судебного производства в порядке надзора можно подразделить на три категории: а) субъекты обжалования; б) субъекты рассмотрения надзорной жалобы или представления; в) субъекты рассмотрения уголовного дела.

Субъектами обжалования являются: подозреваемый, обвиняемый, осужденный, оправданный, их защитники или законные представители, потерпевший, его представитель, а также прокурор, ходатайство которого о пересмотре судебного решения именуется надзорным представлением. Принесение Генеральным прокурором Российской Федерации или его заместителем представления на приговор, которым в качестве меры наказания назначена смертная казнь, приостанавливает его исполнение (ст. 38 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»). Гражданский истец, гражданский ответчик или их представители также могут ходатайствовать о пересмотре судебного решения, но лишь в части, которая касается гражданского иска.

Следует, однако, иметь в виду, что Конституционный Суд РФ указал на недопустимость ограничения права на судебное обжалование (в том числе в надзорном порядке) решений, затрагивающих права и законные интересы граждан, лишь на том основании, что эти граждане не были признаны в установленном законом порядке участниками производства по уголовному делу¹. Таким образом, в широком, конституционно-правовом смысле правом на надзорное обжалование судебного решения обладает любое лицо, если это решение ограничивает его права и законные интересы. Так, лица, в отношении которых осуществляется производство о применении принудительных мер медицинского характера, вправе лично знакомиться с материалами уголовного дела, участвовать в судебном заседании при его рассмотрении, заявлять ходатайства, инициировать рассмотрение вопроса об изменении и прекращении применения указанных мер и обжаловать, в том числе в порядке надзора, принятые по делу процессуальные решения².

Субъектами рассмотрения надзорной жалобы или представления выступают:

— судья надзорной инстанции, к которому первоначально поступает жалоба или представление и который принимает решение либо об отказе в их удовлетворении, либо о возбуждении надзорного производства и передаче дела на рассмотрение суда надзорной инстанции (ч. 1—3 ст. 406);

— председатель верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа,

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 05.11.2004 № 350-О по жалобе гражданина Кузина С.П. на нарушение его конституционных прав ч.1 ст. 125 и ч. 1 ст. 402 УПК РФ.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 20.11.2007 № 13-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 402, 433, 437, 438, 439, 441, 444 и 445 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.Г. Абламского, О.Б. Лобашовой и В.К. Матвеева» // Российская газета. 28.11.2007 г. Федеральный выпуск № 4529.

председатель окружного или флотского военного суда; Председатель Верховного Суда РФ либо его заместители, которые вправе не согласиться с решением судьи об отказе в удовлетворении надзорной жалобы или представления и отменить его своим постановлением (ч. 2 ст. 406).

Субъекты рассмотрения уголовного дела и пересмотра судебного решения — это суды надзорной инстанции. В качестве таковых действуют:

1) *президиумы верховных судов республик, краевых, областных судов, судов городов федерального значения, судов автономных областей и судов автономных округов*, в которые обжалуются такие решения, как: приговор и постановление мирового судьи, приговор, определение и постановление районного суда, кассационное определение верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа;

2) *Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ*, в которую обжалуются: а) названные выше судебные решения при условии, *если они ранее обжаловались в порядке надзора* в президиум верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа; б) приговор, определение и постановление верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа, если указанные судебные решения *не были предметом кассационного рассмотрения* Верховным Судом РФ; в) постановление президиума верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа;

3) *президиумы окружных (флотских) военных судов*, в которые обжалуются следующие решения: приговор, определение и постановление гарнизонного военного суда, кассационное определение окружного (флотского) военного суда;

4) *Военная коллегия Верховного Суда РФ*, в которую обжалуются: приговор, определение и постановление гарнизонного военного суда, кассационное определение окружного (флотского) военного суда, если они уже были обжалованы в порядке надзора в президиум окружного (флотского) военного суда; приговор, определение и постановление окружного (флотского) военного суда, если указанные судебные решения не были предметом рассмотрения Верховным Судом РФ в кассационном порядке; постановление президиума окружного (флотского) военного суда;

5) *Президиум Верховного Суда РФ*, в который обжалуются: определение Кассационной коллегии Верховного Суда РФ, приговор и определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ или Военной коллегии Верховного Суда РФ, постановление судьи Верховного Суда РФ о назначении судебного заседания.

Суд надзорной инстанции не вправе вторично рассматривать дело по жалобе или представлению того же субъекта, на те же приговор, определение, постановление в отношении того же осужденного (оправданного), хотя бы внесенному и по другим основаниям, если: а) ранее в отношении этого лица состоялось судебное решение (постановление, определение) этого же суда надзорной инстанции либо б) жалоба или представление были оставлены без удовлетворения постановлением судьи, с которым согласился председатель соответствующего суда. Однако в последнем случае, когда из повторных жалобы или представления все же усматриваются основания для отмены или изменения судебного решения, председатель суда вправе отменить по-

становление судьи, возбудить надзорное производство и передать жалобу или представление на рассмотрение суда надзорной инстанции¹.

§ 3. ПРОЦЕДУРА РАССМОТРЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА В НАДЗОРНОМ ПОРЯДКЕ

1. Подача и предварительное рассмотрение надзорных жалоб и представлений

Надзорные жалоба или представление направляются непосредственно в суд надзорной инстанции, правомочный пересматривать обжалуемый приговор, определение, постановление. Это предотвращает поступление надзорных жалоб сразу в вышестоящую инстанцию в обход той, которая наделена правом пересматривать обжалуемое судебное решение. Содержание надзорной жалобы или представления аналогично содержанию кассационной жалобы или представления (ст. 375, 404 УПК). Вместе с тем надзорная инстанция еще не имеет в своем распоряжении уголовное дело, по которому принесены жалоба или представление, поэтому закон требует прилагать к ним копии оспариваемых судебных решений. В необходимых случаях к жалобе или представлению могут быть приложены копии иных *процессуальных документов*, подтверждающих, по мнению заявителя, доводы, изложенные им в жалобе или представлении.

Жалобы и представления вместе с приобщенными к ним копиями процессуальных документов предварительно рассматриваются судьей надзорной инстанции, который в необходимых случаях вправе истребовать уголовное дело для изучения и проверки доводов заявителя и разрешения вопроса о необходимости возбуждения надзорного производства. При этом судья не вправе отказать в истребовании уголовного дела, если только содержащиеся в жалобе или представлении доводы не опровергаются со всей очевидностью доказательствами, приведенными в обжалуемых судебных решениях. Однако решение о возбуждении надзорного производства без истребования уголовного дела может быть принято тогда, когда нарушения, влекущие пересмотр приговора или иного судебного решения, усматриваются из самих судебных решений и иных материалов, прилагаемых к жалобе или представлению (дело рассмотрено незаконным составом суда, осужденный не достиг возраста, с которого наступает уголовная ответственность, истекли сроки давности уголовного преследования и т.п.). В 30-дневный срок предварительного рассмотрения жалобы или представления судьей не включается время, связанное с истребованием уголовного дела.

По результатам рассмотрения судья выносит процессуальное постановление. В случае возбуждения надзорного производства в постановлении указывается, в чем именно заключается нарушение, допущенное в предыдущем судебном разбирательстве, повлияло или могло повлиять данное нарушение на законность, обоснованность и справедливость оспариваемого судебного решения. Судья не связан доводами надзорных жалобы или представления и может принять решение о пересмотре обжалу-

¹ См. п. 23 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11.01.2007 № 1 «О применении судами норм главы 48 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих производство в надзорной инстанции».

емого судебного решения судом надзорной инстанции в любой его части, по любым законным основаниям и в отношении любого осужденного или оправданного по данному делу при условии, что их устранение повлечет улучшение положения осужденного, оправданного либо лица, уголовное дело в отношении которого прекращено. Что же касается постановления об отказе в удовлетворении надзорных жалобы или представления, судья обязан дать в нем аргументированные ответы на все доводы, в которых оспариваются законность, обоснованность и справедливость судебного решения, и изложить мотивы, по которым эти доводы признаются несущественными. Во всяком случае судья, принимая решение о возбуждении надзорного производства, не вправе предрешать выводы суда надзорной инстанции¹.

При принятии предварительного решения следует учитывать Постановление Конституционного Суда РФ о том, что пересмотр в порядке надзора обвинительного приговора, а также определения и постановления суда в связи с необходимостью применения уголовного закона о более тяжком преступлении ввиду мягкости наказания или по иным основаниям, *влекущим за собой ухудшение положения осужденного*, а также оправдательного приговора либо определения или постановления суда о прекращении уголовного дела допускается только *по жалобе потерпевшего, его представителя и по представлению прокурора* и лишь в течение одного года по вступлении их в законную силу².

Законом предусмотрена гарантия против нарушения прав заявителя в результате незаконного или необоснованного решения судьи, рассмотревшего надзорную жалобу или представление. Председатель верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа, председатель окружного или флотского военного суда, Председатель Верховного Суда РФ либо его заместители вправе не согласиться с решением судьи об отказе в удовлетворении надзорной жалобы или представления. В этом случае он отменяет такое решение и выносит постановление о возбуждении надзорного производства и передаче надзорных жалобы или представления на рассмотрение суда надзорной инстанции. Пленумом Верховного Суда РФ дано разъяснение, что председатель суда вправе сделать это лишь по жалобе участников процесса на решение судьи, которым было отказано в удовлетворении их надзорной жалобы или представления³. Представляется, однако, что в силу ревизионного характера надзорного производства председателю суда нельзя отказать в праве отменять постановление судьи об отказе в удовлетворении надзорной жалобы или представления не только по жалобам участников процесса, но и по собственной инициативе.

¹ См. п. 7—8 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11.01.2007 № 1 «О применении судами норм главы 48 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих производство в надзорной инстанции».

² См. п. 2 Постановления Конституционного Суда РФ от 11.05.2005 № 5-П по делу о проверке конституционности ст. 405 УПК РФ в связи с запросом Курганского областного суда, жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, производственно-технического кооператива «Содействие», общества с ограниченной ответственностью «Карелия» и ряда граждан // Российская газета. 20.05.2005 г.

³ См. п.10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11.01.2007 № 1 «О применении судами норм главы 48 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих производство в надзорной инстанции».

2. Порядок рассмотрения уголовного дела судом надзорной инстанции

Надзорные жалоба и представление рассматриваются судом надзорной инстанции в судебном заседании в течение 15 суток, а Верховным Судом РФ — не позднее 30 суток со дня принятия судьей надзорной инстанции или ее председателем предварительного решения. О дате, времени и месте заседания суд извещает лиц, ходатайствовавших о пересмотре судебного решения (осужденного или оправданного, их защитников или законных представителей, потерпевшего, его представителя), а также прокурора.

В судебном заседании в суде надзорной инстанции обязательно должен принимать участие прокурор. Подозреваемый, обвиняемый, осужденный, оправданный, их защитники и законные представители или *иные лица, чьи интересы непосредственно затрагиваются жалобой или представлением*, вправе принимать участие в судебном заседании при условии, если они заявили об этом ходатайства. В таком случае им предоставляется возможность ознакомиться с надзорной жалобой или представлением. То есть в судебном заседании могут принять участие не только лица, от которых исходит жалоба или представление, но и все иные непосредственно заинтересованные в исходе разрешения жалобы или представления участники судопроизводства (стороны). При этом в законе говорится не о простом их присутствии, а именно об *участии в судебном заседании*, что, на наш взгляд, означает, что они вправе здесь давать свои объяснения. Но если интересы стороны непосредственно не затрагиваются жалобой или представлением, то она не имеет права принять участие в судебном заседании надзорной инстанции. Например, если в жалобе вопрос об отмене судебного решения ставится только в отношении того эпизода преступной деятельности, в котором принимал участие лишь один из осужденных, то другие осужденные по данному делу не могут принять участия в судебном заседании. Вместе с тем следует иметь в виду, что согласно п. 19 ч. 4 ст. 47 обвиняемый имеет право получать копии любых принятых по делу жалоб и представлений и подавать на них свои возражения. Аналогичное право имеется у потерпевшего (п. 20 ч. 2 ст. 42).

Процедура рассмотрения дела судом надзорной инстанции состоит из подготовительной, основной частей и вынесения решения судом. В подготовительной части председательствующий судья открывает судебное заседание и объявляет, какое уголовное дело рассматривается и по чьей жалобе или представлению; называет состав суда, лиц, принимающих участие в судебном заседании. Затем председательствующий выясняет у участников судебного заседания, имеются ли у них отводы и ходатайства, которые разрешаются судом.

Основная часть судебного заседания включает в себя доклад дела и выступления участников. Дело докладывается членом суда надзорной инстанции, ранее не участвовавшим в рассмотрении данного уголовного дела. Он излагает обстоятельства дела, содержание обжалуемого приговора, определения или постановления, основания для пересмотра судебного решения, указанные в надзорной жалобе или представлении, и мотивы вынесения постановления о возбуждении надзорного производства. Докладчику могут быть заданы вопросы судьями и участниками судебного заседания.

Затем прокурор, принимающий участие в судебном заседании надзорной инстанции, поддерживает внесенное им надзорное представление. Однако его участие в су-

дебном заседании обязательно и тогда, когда дело слушается по надзорной жалобе других участников судопроизводства. При этом прокурор выступает как орган надзора за законностью, давая суду *заключение по надзорной жалобе*.

Когда в судебном заседании участвуют подозреваемый, обвиняемый, осужденный, оправданный, их защитники или законные представители, потерпевший и его представитель, суд предлагает им после выступления прокурора дать свои *устные объяснения*.

При рассмотрении уголовного дела в порядке надзора могут быть использованы дополнительные материалы, поступившие с жалобой или представлением, если они относятся к обстоятельствам, которые были предметом исследования в суде и не свидетельствуют о наличии новых или вновь открывшихся обстоятельств. Дополнительные материалы подлежат оценке в совокупности с имеющимися в деле доказательствами и наряду с ними могут быть положены в основу решения только об отмене приговора, определения и постановления суда с направлением дела на новое судебное рассмотрение. Изменение приговора и последующих судебных решений или отмена с прекращением дела на основании дополнительных материалов не допускается, за исключением случаев, когда достоверность фактов, устанавливаемых такими материалами, не нуждается в проверке судом первой инстанции (документы, свидетельствующие о недостижении осужденным возраста, с которого наступает уголовная ответственность, об отсутствии прежней судимости и др.).

По окончании дачи участниками судебного заседания объяснений им предлагается удалиться из зала заседания, и суд приступает к обсуждению своего решения. Оно принимается судьями большинством голосов. При равенстве голосов судей жалоба (представление) считается отклоненной. Однако из данного правила имеется исключение, когда решение принимается квалифицированным большинством — при рассмотрении Президиумом Верховного Суда РФ надзорной жалобы или представления по уголовному делу, по которому в качестве меры наказания назначена смертная казнь, за оставление смертной казни должно проголосовать *не менее* $\frac{2}{3}$ судей, присутствующих на заседании. В противном случае надзорная жалоба (представление) об отмене смертной казни и о замене ее более мягким наказанием считается удовлетворенной.

§ 4. РЕШЕНИЯ И ПРЕДЕЛЫ ПРАВ СУДА НАДЗОРНОЙ ИНСТАНЦИИ

1. Виды решений, принимаемых судом надзорной инстанции

Рассмотрев материалы уголовного дела, суд надзорной инстанции вправе принять следующие решения (ч. 1 ст. 408 УПК):

- оставить надзорные жалобу или представление без удовлетворения, а обжалуемые судебные решения без изменения;
- отменить приговор, определение или постановление суда и все последующие судебные решения и прекратить производство по данному уголовному делу;
- отменить приговор, определение или постановление суда и все последующие судебные решения и передать уголовное дело на новое судебное рассмотрение;

— отменить приговор суда апелляционной инстанции и передать уголовное дело на новое апелляционное рассмотрение;

— отменить определение суда кассационной инстанции и все последующие судебные решения и передать уголовное дело на новое кассационное рассмотрение;

— внести изменения в приговор, определение или постановление суда.

К решениям (определениям или постановлениям) суда надзорной инстанции предъявляются те же требования, что и к решениям кассационного суда (ст. 388), с тем отличием, что определение суда надзорной инстанции подписывается всем составом суда, а постановление — только председательствующим в заседании президиума.

2. Основания отмены или изменения судебного решения

Основания отмены или изменения судебного решения судом надзорной инстанции в основном аналогичны тем, которые применяются при кассационном пересмотре (см. о них § 4 гл. 28 учебника). Однако среди оснований отмены или изменения приговора, определения либо постановления суда отсутствует такое основание, как односторонность или неполнота предварительного или судебного следствия. Это связано с тем, что доказывание в состязательном процессе есть преимущественно дело самих сторон, поэтому, когда судебное следствие оказалось неполным, им остается пенять лишь на самих себя.

Исключение, на наш взгляд, составляют следующие решения, вынесенные судом на стадии предварительного расследования: о заключении под стражу, домашний арест и продлении сроков содержания под стражей (ст. 107—109); о наложении денежного взыскания (ст. 118); о рассмотрении жалоб (ст. 125); о временном отстранении от должности (ст. 114); о получении разрешения на производство ряда следственных действий, наложении ареста на имущество и помещении подозреваемого или обвиняемого в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы (ст. 115, 165). Эти судебные решения фактически могут быть обжалованы сторонами и пересмотрены в надзорном порядке и ввиду *односторонности и необъективности исследования*, которая в целом квалифицируется как их необоснованность (ч. 2 ст. 409). Так, например, вывод судьи о необходимости заключения обвиняемого под стражу, сделанный при отсутствии каких-либо конкретных данных о том, что обвиняемый может скрыться от дознания, предварительного следствия или суда, продолжать заниматься преступной деятельностью, угрожать свидетелю, иным участникам уголовного судопроизводства, уничтожить доказательства либо иным путем воспрепятствовать производству по уголовному делу (ч. 1 ст. 97), очевидно, страдает односторонностью и необъективностью. Стороны вправе ссылаться в таких случаях на эти основания, поскольку состязание сторон при принятии судом подобных решений еще не завершено.

Специальное основание для отмены обвинительных судебных решений в надзорном порядке установлено ч. 5, 7 ст. 247 УПК. Таким основанием служит отпадение обстоятельств, которые до этого повлекли за собой постановление заочного обвинительного приговора в отношении подсудимого — это нахождение его за пределами территории Российской Федерации и (или) уклонение от явки в суд по делам тяжких и особо тяжких преступлениях. Приговор или последующее кассационное определе-

ние суда, вынесенные заочно, по ходатайству осужденного или его защитника подлежат отмене, и дело направляется на новое судебное разбирательство¹.

Прекращение производства по делу в надзорной инстанции производится по общим основаниям, указанным в ст. 24 и 27 УПК. На наш взгляд, недопустимо прекращение судом надзорной инстанции уголовного дела по таким основаниям, как примирение сторон (ст. 25) и деятельное раскаяние (ст. 28). Это можно объяснить тем, что обжалуемый приговор вступил в законную силу, и состязание сторон в данной стадии уже не имеет места, в то время как примирение сторон и принятие деятельного раскаяния есть результат прежде всего состязательной деятельности, выражающийся, в частности, в праве обвинителей согласиться с освобождением обвиняемого от ответственности².

Представляется, что суд надзорной инстанции также должен прекратить дело по основаниям, указанным в ч. 2 ст. 443, если в ходе рассмотрения дела придет к выводу, что: а) имеющиеся доказательства и дополнительно представленные материалы доказывают, что осужденный совершил деяние в состоянии невменяемости или что у него после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания или его исполнение; б) осужденный при этом не представляет опасности по своему психическому состоянию либо им совершено деяние небольшой тяжести.

Если при рассмотрении дела в отношении несовершеннолетнего, совершившего преступление небольшой или средней тяжести, суд надзорной инстанции придет к выводу, что исправление виновного возможно без применения уголовного наказания, он вправе внести в приговор соответствующее *изменение*, освободив несовершеннолетнего от наказания и применив в отношении несовершеннолетнего одну из предусмотренных ч. 2 ст. 90 УК РФ принудительных мер воспитательного воздействия. Если при рассмотрении уголовного дела о преступлениях средней тяжести или тяжких преступлениях (за исключением тех, которые указаны в ч. 5 ст. 92 УК РФ) судом надзорной инстанции будет признано достаточным помещение несовершеннолетнего подсудимого, совершившего это преступление, в специализированное учреждение для несовершеннолетних, то суд, *изменив* обвинительный приговор, освобождает несовершеннолетнего осужденного от наказания и в соответствии со ст. 92 УК РФ направляет его в указанное учреждение.

¹ Представляется, что если надзорная инстанция, проверяя такой приговор в ревизионном порядке, установит наличие реабилитирующих оснований для его отмены и прекращения уголовного дела (например, отсутствие в деянии состава преступления), она вправе принять такое решение без направления дела на новое судебное разбирательство.

² Однако, на наш взгляд, в случаях деятельного раскаяния, предусмотренного ч. 2 ст. 75 УК РФ и примечаниями к ряду статей УК РФ (ст. 205, 206, 228, 291), освобождение от уголовной ответственности с прекращением уголовного преследования (дела) является не правом, а обязанностью как обвинителя, так и суда. В этой связи представляется, что суд надзорной инстанции обязан отменить приговор и прекратить уголовное дело, если обнаружится, что при наличии оснований, предусмотренных примечаниями к названным статьям УК РФ, обвиняемый не был освобожден от уголовной ответственности (например, при вымогательстве взятки со стороны должностного лица или добровольном сообщении взяткодателя о даче взятки прокурору).

3. Пределы прав суда надзорной инстанции

Суд надзорной инстанции не связан доводами надзорных жалобы или представления и обязан проверить в ревизионном порядке законность, обоснованность и справедливость судебных решений в полном объеме, т.е.: а) по всем обвинениям; б) по всем основаниям для их отмены или изменения; в) в отношении всех подозреваемых, обвиняемых, осужденных или оправданных (в случае принесения жалобы самим оправданным, его защитником или законным представителем в целях изменения оснований оправдания в лучшую для него сторону), включая и тех, о которых жалоба или представление не принесены. Установив нарушения, влекущие отмену приговора или иного судебного решения, он обязан отменить решение в отношении всех осужденных или оправданных, которых касаются допущенные нарушения, независимо от того, в отношении кого из них принесены жалоба или представление.

Вместе с тем, проверяя обжалуемые решения в полном объеме, надзорная инстанция тем не менее лишена возможности отмены или изменения их не в пользу осужденных или оправданных, если только выявленный дефект не состоит в существенном (фундаментальном и принципиальном) нарушении закона, допущенном на предыдущих стадиях процесса и повлиявшем на исход дела (см. об этом § 1 настоящей главы).

Отменяя судебное решение и направляя дело на новое судебное рассмотрение, суд надзорной инстанции не вправе (ч. 7, 8 ст. 410):

- устанавливать или считать доказанными факты, которые не были установлены в приговоре или были отвергнуты им;
- предрешать вопросы о доказанности или недоказанности обвинения, достоверности или недостоверности того или иного доказательства и преимуществах одних доказательств перед другими;
- принимать решения о применении судом первой или апелляционной инстанции того или иного уголовного закона и о мере наказания;
- при отмене определения суда кассационной инстанции предрешать выводы, которые могут быть сделаны судом кассационной инстанции при повторном рассмотрении данного уголовного дела.

Вместе с тем в своем постановлении или определении суд надзорной инстанции должен обосновать, почему у него имеются сомнения по указанным вопросам, и предложить нижестоящему суду вернуться к их обсуждению. В этом смысле указания суда надзорной инстанции обязательны при повторном рассмотрении данного уголовного дела судом нижестоящей инстанции (ч. 6 ст. 410).

Как видно из приведенного выше перечня, пределы полномочий надзорной инстанции при направлении уголовного дела на новое судебное рассмотрение уже, чем у кассационного суда. В отличие от кассационной инстанции, при отмене судебного решения с направлением дела на новое судебное рассмотрение суд, действующий в порядке надзора, не вправе *устанавливать или считать доказанными факты, которые не были установлены в обжалуемом судебном решении или отвергнуты им*, а равно предрешать вопрос *о применении того или иного уголовного закона*. Однако, по общему смыслу закона, он вправе окончательно разрешать эти вопросы на основе имеющихся в материалах дела доказательств, если изменяет судебное решение или прекращает уголовное дело.

Пересмотр судебного решения в порядке надзора допускается лишь при наличии оснований, вытекающих из материалов дела. Если же сомнения в законности, обоснованности и справедливости судебного решения связаны с обстоятельствами, которые не основаны непосредственно на *самих материалах* уголовного дела, вопрос о пересмотре такого решения может быть разрешен только в порядке производства по новым или вновь открывшимся обстоятельствам (см. об этом § 2 гл. 30 учебника).

ГЛАВА 30. ВОЗОБНОВЛЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ ВВИДУ НОВЫХ ИЛИ ВНОВЬ ОТКРЫВШИХСЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ

§ 1. ПОНЯТИЕ ВОЗОБНОВЛЕНИЯ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛУ ВВИДУ НОВЫХ ИЛИ ВНОВЬ ОТКРЫВШИХСЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ

Возобновление дел по новым или вновь открывшимся обстоятельствам — это исключительная (экстраординарная) разновидность пересмотра судебных решений. Исключительность данной процедуры связана с отменой судебных решений, уже вступивших в законную силу, однако более не могущих считаться правосудными ввиду обнаружения таких обстоятельств, которые в случае их своевременной известности очевидно должны были бы повлечь постановление судом совершенно иного решения. При этом в отличие от надзорного производства пересмотр судебного решения ввиду *вновь открывшихся обстоятельств*, как будет показано ниже, возможен не только в пользу, но и против интересов осужденного или оправданного, т.е. допускается определенное изъятие из принципа *non bis in idem*. Иначе решается вопрос в отношении *новых обстоятельств*, при обнаружении которых не может иметь место ухудшение положения обвиняемого.

Вследствие своей исключительности этот вид пересмотра судебных решений допускается лишь со значительными ограничениями, обычно касающимися: а) круга лиц, уполномоченных возбуждать вопрос о возобновлении; б) оснований, по которым такое возобновление возможно; в) сроков возобновления производства в отношении ряда судебных решений; г) судебных инстанций, полномочных осуществлять пересмотр.

§ 2. ПОНЯТИЕ ВНОВЬ ОТКРЫВШИХСЯ И НОВЫХ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ

Основаниями для возобновления производства по уголовному делу служат *вновь открывшиеся*, а также *новые обстоятельства*. Это соответствует Международному пакту о гражданских и политических правах 1966 г., по смыслу которого основание для пересмотра окончательных решений судов должно иметь место, «если какое-либо новое или вновь обнаруженное обстоятельство неоспоримо доказывает наличие судебной ошибки» (п. 6 ст. 14). Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (п. 2 ст. 4 Протокола № 7 в редакции Протокола № 11) установлено, что право не привлекаться повторно к суду или повторному наказанию не препятствует повторному рассмотрению дела в соответствии с законом и уголовно-процессуальными нормами соответствующего государства, если имеются сведения о новых или вновь открывшихся обстоятельствах.

1. Понятие вновь открывшихся обстоятельств

Вновь открывшиеся обстоятельства — это обстоятельства, свидетельствующие о *порочности* оснований судебного решения, которая связана с *преступными злоупотреблениями* участников судопроизводства, *неизвестными правосудию* на

момент вынесения судебного решения. К этим обстоятельствам относятся (ч. 3 ст. 413 УПК):

1) установленные *вступившим в законную силу приговором суда* заведомая ложность показаний потерпевшего или свидетеля, заключения эксперта, а равно подложность вещественных доказательств, протоколов следственных и судебных действий и иных документов или заведомая неправильность перевода, *повлекшие за собой* постановление незаконного, необоснованного или несправедливого приговора, вынесение незаконного или необоснованного определения или постановления;

2) установленные *вступившим в законную силу приговором суда* преступные действия дознавателя, следователя или прокурора, *повлекшие за собой* постановление незаконного, необоснованного или несправедливого приговора, вынесение незаконного или необоснованного определения либо постановления;

3) установленные *вступившим в законную силу приговором суда* преступные действия судьи, совершенные им при рассмотрении данного уголовного дела. И хотя суд, допустивший преступные злоупотребления по делу, не мог о них не знать, эти злоупотребления, тем не менее, создают вновь открывшееся обстоятельство, ибо оно не было известно *правосудию*.

Все указанные обстоятельства могут быть установлены не только приговором суда, но также определением или постановлением суда, постановлением прокурора, следователя или дознавателя о прекращении уголовного дела по следующим нереабилитирующим основаниям: за истечением срока давности, вследствие акта об амнистии или акта помилования, в связи со смертью обвиняемого или недостижением лицом возраста, с которого наступает уголовная ответственность (ч. 5 ст. 413).

Названные злоупотребления участников процесса должны существовать уже *на момент вынесения судебного решения*, но становятся основаниями для возобновления производства по уголовному делу только после признания их таковыми приговором суда или постановлением о прекращении дела по нереабилитирующим основаниям.

Первые две группы оснований отличаются тем, что злоупотребления участников процесса влекут за собой *вредные последствия* в виде постановления неправоудного судебного решения. Для наличия третьего основания не имеет значения, повлекло ли оно постановление неверного судебного решения или это решение по существу правильно, — достаточно установления любых *преступных* злоупотреблений судьи, совершенных им *в связи* с рассмотрением данного уголовного дела. Независимо от своей правильности или неправильности, по существу такое решение считается незаконным и порочным.

Вновь открывшиеся обстоятельства позволяют пересмотреть его не только в пользу, но и *против интересов обвиняемого*.

2. Понятие новых обстоятельств

Согласно буквальному значению нормы, содержащейся в настоящее время¹ в п. 2 ч. 2 ст. 413 УПК РФ, *новые обстоятельства* — это обстоятельства, *неизвестные* суду на момент вынесения судебного решения, свидетельствующие о незаконности или необоснованности (ошибочности) приговора или иного судебного реше-

¹ То есть на момент подготовки данной редакции учебника.

ния по существу и «устраняющие преступность и наказуемость деяния», т.е. требующие улучшения положения обвиняемого.

Следует, однако, иметь в виду, что Постановлением Конституционного Суда РФ от 16 мая 2007 № 6-П по делу о проверке конституционности положений ст. 237, 413 и 418 УПК РФ в связи с запросом президиума Курганского областного суда были признаны не соответствующими Конституции РФ положения п. 2 ч. 2 и ч. 3 ст. 413 и ст. 418 УПК РФ — в той части, в какой они позволяют отказывать в возобновлении производства по уголовному делу и *пересмотре* принятых по нему решений при возникновении новых фактических обстоятельств, свидетельствующих о наличии в действиях обвиняемого признаков *более тяжкого преступления*. Как указал Конституционный Суд, «названные нормы, признавая основаниями к возобновлению производства по уголовному делу только такие новые обстоятельства, которые устраняют преступность и наказуемость деяния, исключают тем самым возможность возобновления производства по уголовному делу, если оно может привести к осуждению оправданного или к усилению ответственности, возложенной на осужденного, не позволяя заинтересованным лицам добиваться установления реального размера причиненного вреда и в полном объеме получить моральную и материальную компенсацию этого вреда. Более того, в ситуации, когда общественно опасные последствия преступления наступают после вынесения приговора или иного итогового решения по уголовному делу, они вообще не могут стать предметом проверки и оценки ни со стороны органов, призванных осуществлять уголовное преследование, ни со стороны суда. Таким образом, охраняемые уголовным законом общественные отношения в определенной части оказываются вне сферы защиты со стороны государства, что не соответствует предписаниям статей 18, 45, 46 (часть 1) и 52 Конституции Российской Федерации».

Данная позиция Конституционного Суда РФ отвечает положению ст. 4 Протокола № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, согласно которой, хотя «никто не должен быть повторно судимым или наказан в уголовном порядке в рамках юрисдикции одного и того же государства за преступление, за которое уже был оправдан или осужден в соответствии с законом и уголовно-процессуальными нормами этого государства», но «положения предыдущего пункта не препятствуют повторному рассмотрению дела в соответствии с законом и уголовно-процессуальными нормами соответствующего государства, если имеются сведения о новых или вновь открывшихся обстоятельствах или если в ходе предыдущего разбирательства были допущены существенные нарушения, повлиявшие на исход дела».

В отличие от вновь открывшихся, новые обстоятельства не свидетельствуют о порочности состоявшегося судебного решения, ибо они не связаны с чьими-либо преступными злоупотреблениями. Вместе с тем новые обстоятельства не являются «открывшимися», т.е. хотя они и не вытекали непосредственно из представленных материалов дела, все же не были до этого полностью и глубоко *скрыты*. Они являются новыми для суда лишь потому, что тот *не сумел* их вовремя обнаружить, хотя практическая возможность для этого — при условии большей активности сторон либо большей проницательности и квалификации суда — у него имелаась. Поэтому их можно также назвать «*вновь обнаруженными*» обстоятельствами.

Новые обстоятельства можно разделить на две категории:

1. *Юридические*, т.е. связанные с ошибками суда при применении норм права (п. 1, 2 ч. 4 ст. 413). В отличие от судебных ошибок, являющихся кассационными и надзорными

основаниями для пересмотра решений, эти ошибки выражаются в неправильном применении не только и не столько норм УК или УПК, сколько норм конституционного и международного права. К новым юридическим обстоятельствам относятся:

— признание Конституционным Судом РФ закона, примененного судом в данном уголовном деле, не соответствующим Конституции РФ;

— установленное Европейским Судом по правам человека нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом Российской Федерации уголовного дела, которое связано:

а) с применением федерального закона, не соответствующего положениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод,

б) с иными нарушениями положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

2. *Фактические или иные новые обстоятельства*, которые свидетельствуют о существенной неполноте исследования обстоятельств уголовного дела сторонами и судом. Следует иметь в виду, что данное основание требует *собираания новых доказательств* по делу. Если же основания для пересмотра судебного решения вытекают из уже имеющихся материалов дела, как правило, применяется надзорный порядок их рассмотрения.

Однако Постановлением от 02.02.96 № 4-П по делу о проверке конституционности п. 5 ч. 2 ст. 371, ч. 3 ст. 374 и п. 4 ч. 2 ст. 384 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан К.М. Кульнева, В.С. Лалуева, Ю.В. Лукашова и И.П. Серебренникова Конституционный Суд РФ признал не соответствующим Конституции РФ такой признак вновь открывшихся обстоятельств, как *неизвестность их суду* при постановлении приговора или определения (п. 4 ч. 2 ст. 384).

Суть вопроса состояла в том, что если надзорная инстанция пропустила судебную ошибку, о которой объективно можно было узнать из материалов дела, то это обстоятельство уже нельзя относить к разряду «неизвестных» суду и, следовательно, считать вновь открывшимся или новым. Поэтому если подобный факт выяснялся после рассмотрения дела в порядке надзора последней судебной инстанцией страны — Президиумом Верховного Суда РФ, то по вновь открывшимся обстоятельствам такое дело к производству Президиумом принято быть уже не могло. В итоге допущенная ошибка оставалась неисправленной, а право граждан на судебную защиту нереализованным.

Таким образом, Конституционный Суд РФ связывает свое решение главным образом с отсутствием возможности повторно использовать надзорную процедуру пересмотра судебного решения для устранения ошибки, пропущенной именно Президиумом Верховного Суда РФ: «Анализ действующего законодательства показывает, что в противовес жесткому регулированию, препятствующему *высшей судебной инстанции* повторно рассматривать дело в надзорном порядке, процедура, предусмотренная статьями 384—390 УПК РСФСР (сейчас ст. 413—419 УПК РФ. — *А.С.*), могла бы обеспечить гражданам необходимую защиту их прав, ущемленных в результате судебной ошибки. Однако этому препятствует вытекающее из пункта 4 части второй статьи 384 УПК РСФСР (ныне ч. 2 ст. 413 УПК РФ. — *А.С.*) ограничение круга оснований возобновления дел, что не отвечает конституционно провозглашенным требованиям государственной защиты прав и свобод».

Это, на наш взгляд, означает, что такой признак вновь открывшихся (и новых) обстоятельств, как *неизвестность их суду* при постановлении решения, не должен

приниматься во внимание только при пересмотре по новым или вновь открывшимся обстоятельствам постановлений Президиума Верховного Суда РФ самой же этой инстанцией. Иное может привести к нежелательному размыванию границы между надзорным порядком пересмотра судебных решений и пересмотром по новым и вновь открывшимся обстоятельствам. Показательно, что Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении от 11.01.2007 № 1 «О применении судами норм главы 48 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих производство в надзорной инстанции» (п. 22) разъяснил, что «пересмотр судебного решения в порядке надзора допускается лишь при наличии правовых оснований, предусмотренных статьями 379, 409 УПК РФ. Если же сомнения в законности, обоснованности и справедливости судебного решения связаны с обстоятельствами, которые *не были известны суду* (курсив мой. — А.С.) и обнаружены после вступления соответствующего приговора, определения и постановления суда в законную силу, вопрос о пересмотре такого решения может быть разрешен только в порядке, установленном главой 49 УПК РФ»¹.

Интерес представляет и вопрос о наличии или отсутствии *судебной ошибки* при возникновении новых обстоятельств. В определении Конституционного Суда РФ от 10.07.2003 г. по жалобе гражданина Хворостовского И.С. на нарушение его конституционных прав ч. 2 ст. 413 и ст. 417 УПК РФ сказано: «Как следует из... положений статьи 413 УПК Российской Федерации, основанием для возобновления производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств *не может* служить неправосудность вынесенных по делу решений, если она явилась *результатом судебной ошибки*, в том числе подтвержденной *выявленными уже после вступления приговора в законную силу дополнительными доказательствами* (курсив мой — А.С.), подтверждающими невиновность или меньшую виновность осужденного». В Постановлении Конституционного Суда РФ от 16.05.2007 № 6-П по делу о проверке конституционности положений ст. 237, 413 и 418 УПК РФ в связи с запросом президиума Курганского областного суда снова подтверждается эта позиция: «Возобновляя производство по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, суд обеспечивает не восполнение недостатков обвинительной и судебной деятельности, а возможность исследования тех фактических обстоятельств, которые уголовный закон признает имеющими значение для определения оснований и пределов уголовно-правовой охраны, но которые в силу *объективных причин ранее не могли входить в предмет исследования* (курсив мой. — А.С.) по уголовному делу». С данным толкованием, на наш взгляд, нельзя согласиться по следующим основаниям. Как было отмечено нами выше, так называемые *иные новые обстоятельства* (т.е. фактические) — это не что иное, как обстоятельства уголовного дела, *неизвестные суду* при постановлении судебного решения ввиду *неполноты доказывания*, т.е. их неизвестность суду есть все же результат недостатков судебно-следственной деятельности. Новые обстоятельства — не *вновь открывшиеся*, т.е. они не были до этого полностью *скрыты* и являются новыми для суда лишь потому, что тот *не сумел* их вовремя обнаружить (например, ввиду самоговора осужденного; оговора его другими подсудимыми и т.п.). Критерий отличия их от надзорных оснований состоит в том, что эти неизвестные суду обстоятельства должны быть выявлены именно путем *собирания новых доказательств*, так как по сравнению с надзорными они *более глубоко скрыты* от внимания

¹ Российская газета. 20.01.2007 г.

суда (не вытекали непосредственно из имевшихся в распоряжении суда материалов дела).

Однако не только в отношении фактических, но также *новых юридических* и даже большинства вновь открывшихся обстоятельств нельзя, на наш взгляд, говорить о том, что они не могут быть результатом судебной ошибки. Так, например, если суд применил норму федерального закона, не соответствующую положениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод (п. 2 ч. 4 ст. 413 УПК), то тем самым он нарушил и ч. 3 ст. 1 УПК РФ, которая гласит: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные настоящим Кодексом, то применяются правила международного договора», т.е. допустил грубейшую судебную ошибку! Чем, как ни судебной ошибкой является постановление *незаконного* приговора, основанного на заведомо ложных показаниях свидетеля и потерпевшего (п. 1 ч. 3 ст. 413)? Ведь, если, как полагает Конституционный Суд, в таких случаях нет судебной ошибки и суд, вынесший приговор, в ней не виноват (ибо неизвестные суду обстоятельства «в силу объективных причин ранее не могли входить в предмет исследования»), то почему тогда приговор именуется незаконным? Всякий незаконный приговор ошибочен.

Разграничение надзорных оснований, с одной стороны, и вновь открывшихся и новых обстоятельств — с другой, должно быть проведено не по критерию наличия или отсутствия вины суда в неправосудном решении (судебной ошибки), а в зависимости от «глубины залегания» обстоятельств, не принятых судом во внимание или оставшихся ему неизвестными. Надзорные основания вытекают из наличных материалов дела и потому как бы лежат «на поверхности», а новые и вновь открывшиеся обстоятельства требуют несколько больших усилий для их выявления — дополнительных следственных действий или решений других судебных инстанций. Однако эти усилия, в принципе, могли быть предприняты и самим судом, чье решение пересматривается, прояви он большее мастерство и высокий профессионализм.

§ 3. ОБЪЕКТ, ПРЕДМЕТ И СУБЪЕКТЫ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ ВВИДУ НОВЫХ ИЛИ ВНОВЬ ОТКРЫВШИХСЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ

1. Объект и предмет производства

Объектом производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств являются вступившие в законную силу приговоры, определения и постановления *судов*. Ясно указывая на возможность пересмотра приговоров, закон, однако, не конкретизирует, какие именно *определения* или *постановления* судов могут быть пересмотрены в данном порядке. Представляется, что применительно к новым обстоятельствам это лишь те определения или постановления, которыми заканчивается рассмотрение дела, т.е. определения и постановления о прекращении уголовного дела или изменении ранее состоявшихся судебных решений. Только в этих случаях имеет смысл возобновление производства по всему уголовному делу.

Предметом пересмотра ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств является *законность, обоснованность и справедливость* судебных решений. Данная стадия

процесса имеет ярко выраженный ревизионный характер, поэтому, на наш взгляд, судебная инстанция, возобновляющая производство по уголовному делу, не связана доводами, которые содержатся в сообщениях граждан или должностных лиц, послуживших поводами к возбуждению производства (ч. 1 ст. 415 УПК), а также в заключении прокурора по результатам проверки или расследования вновь открывшихся или новых обстоятельств (ч. 1 ст. 416), и может в ревизионном порядке проверить все производство по уголовному делу в полном объеме. Суд вправе пересмотреть уголовное дело:

— в отношении всех осужденных или оправданных, если по уголовному делу осуждено (оправдано) несколько лиц, а сообщение граждан, должностных лиц или заключение прокурора касается только одного из них;

— по всем обвинениям и эпизодам обвинения, независимо от того, ставится ли о них вопрос в названных сообщениях и заключении прокурора;

— по всем основаниям для возобновления производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, даже если в заключении прокурора указаны лишь некоторые из них.

Вместе с тем, проверяя производство по делу в полном объеме, суд, как было показано выше (§ 2 настоящей главы), связан правилом о недопустимости поворота к худшему, если основанием возобновления являются *новые обстоятельства* (ч. 4 ст. 413).

2. Субъекты производства

Субъектами производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств являются:

1) прокурор, которому принадлежит право возбуждать производство по всем вновь открывшимся, а также по новым *фактическим* («иным») обстоятельствам (п. 3 ч. 4 ст. 413);

2) Председатель Верховного Суда РФ, имеющий исключительное право возбуждать производство по новым *юридическим* обстоятельствам (п. 1, 2 ч. 4 ст. 413);

3) судебные инстанции, разрешающие вопрос о возобновлении производства по уголовному делу.

Возбуждение производства прокурором либо Председателем Верховного Суда РФ необходимо отличать от понятия *возобновления производства по уголовному делу* (т.е., собственно, его судебного пересмотра) ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, которое вправе осуществлять только соответствующие судебные инстанции.

В соответствии с ч. 1 ст. 417 по всем вновь открывшимся, а также новым фактическим («иным») обстоятельствам производство может быть возобновлено:

— районным судом — в отношении приговора и постановления мирового судьи;

— президиумом верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа — в отношении приговора, определения, постановления районного суда;

— Судебной коллегией по уголовным делам Верховного Суда РФ — в отношении приговора, определения, постановления верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа;

— Кассационной коллегией Верховного Суда РФ — в отношении приговора, определения, постановления Судебной коллегии по уголовным делам или Военной коллегии Верховного Суда РФ, вынесенного ими в ходе производства по уголовному делу в качестве суда первой инстанции;

— Президиумом Верховного Суда РФ — в отношении определения Кассационной коллегии Верховного Суда РФ, а также определения Судебной коллегии по уголовным делам или Военной коллегии Верховного Суда РФ, вынесенного ими в ходе производства по уголовному делу в качестве суда второй или надзорной инстанции;

— окружным (флотским) военным судом — в отношении приговора, определения, постановления гарнизонного военного суда;

— Военной коллегией Верховного Суда РФ — в отношении приговора, определения, постановления окружного (флотского) военного суда¹.

По новым юридическим обстоятельствам производство может быть возобновлено по представлению Председателя Верховного Суда РФ лишь Президиумом самого Верховного Суда.

§ 4. ВОЗБУЖДЕНИЕ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ ВВИДУ НОВЫХ ИЛИ ВНОВЬ ОТКРЫВШИХСЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВ

Поводом для возбуждения производства ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств могут быть сообщения граждан, должностных лиц, а также данные, полученные в ходе предварительного расследования и судебного рассмотрения других уголовных дел.

Возбуждение производства может осуществляться в различных формах — в зависимости от характера оснований.

1. *Возбуждение производства прокурором.* Оно, в свою очередь, имеет две разновидности:

— возбуждение производства по *вновь открывшимся обстоятельствам*, которые представляют собой преступные злоупотребления тех или иных участников процесса и поэтому всегда устанавливаются вступившим в законную силу приговором суда. В этом случае прокурор выносит постановление о возбуждении производства и проводит *проверку*, которая состоит, как правило, в истребовании копии приговора и справки суда о дне вступления его в законную силу. Если вновь открывшиеся обстоятельства еще не были установлены вступившим в законную силу приговором

¹ Следует, однако, иметь в виду, что согласно Федеральному конституционному закону от 23.06.99 г. «О военных судах Российской Федерации», который в силу ч. 3 ст. 76 Конституции РФ имеет приоритет над федеральными законами, к которым принадлежит и УПК РФ, установлен иной порядок: Военная коллегия рассматривает дела по вновь открывшимся обстоятельствам в отношении решений и приговоров Военной коллегии, вступивших в силу (ч. 6 ст. 9); окружной (флотский) военный суд (его судебная коллегия и судебные составы) рассматривает дела по вновь открывшимся обстоятельствам в отношении решений, приговоров, определений и постановлений окружного (флотского) военного суда, вступивших в силу (ч. 4 ст. 14); гарнизонный военный суд рассматривает дела по вновь открывшимся обстоятельствам в отношении решений, приговоров, определений и постановлений, принятых им и вступивших в силу (ч. 2 ст. 23).

суда, то возбуждению производства по ним прокурором предшествует возбуждение, предварительное расследование и судебное рассмотрение дела о преступных злоупотреблениях в обычном порядке,

— возбуждение производства прокурором по новым фактическим («иным») обстоятельствам. Эти обстоятельства в силу их неочевидности нуждаются в проведении особого *расследования* с помощью следственных и иных процессуальных действий, которое по поручению прокурора осуществляет следователь. День подписания прокурором заключения о необходимости возобновления производства ввиду новых обстоятельств считается днем открытия этих обстоятельств.

По окончании проверки или расследования и при наличии основания возобновления производства по уголовному делу прокурор составляет *заключение* о необходимости возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств и направляет его с уголовным делом в соответствующий суд. Прокурором, который вправе возбудить производство по вновь открывшимся или новым обстоятельствам, может быть любой прокурор, в том числе прокурор района (города). В то же время в силу единства прокуратуры и инстанционности судебной системы заключение о необходимости возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств должен подписывать и направлять в одну из судебных инстанций, указанных в ч. 1 ст. 417, прокурор соответствующего уровня.

2. *Возбуждение производства Председателем Верховного Суда РФ.* Поводом для него являются сведения: а) о вступлении в силу решения Конституционного Суда РФ о несоответствии закона, примененного в данном уголовном деле, Конституции РФ; б) о вступлении в силу решения Европейского Суда по правам человека о наличии нарушения положений Конвенции по защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом Российской Федерации уголовного дела (п. 2 ч. 4 ст. 413). Возбуждение производства состоит в вынесении Председателем Верховного Суда РФ представления, которое направляется им в Президиум Верховного Суда РФ.

§ 5. ПОРЯДОК РАЗРЕШЕНИЯ СУДОМ ВОПРОСА О ВОЗОБНОВЛЕНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ И ПРИНИМАЕМЫЕ ИМ РЕШЕНИЯ

Возобновлением производства ввиду новых и вновь открывшихся обстоятельств считается принятие дела к рассмотрению судом.

Пересмотр обвинительного приговора ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств в пользу осужденного, в том числе в целях его реабилитации, не ограничен какими-либо сроками. Если же возобновляется производство не в пользу осужденного, действуют определенные сроки, в течение которых это возможно:

— срок давности привлечения к уголовной ответственности ограничивает возможность пересмотра оправдательного приговора, или определения, постановления о прекращении уголовного дела, или обвинительного приговора в связи с мягкостью наказания либо необходимостью применения к осужденному уголовного закона о более тяжком преступлении (ст. 78 УК РФ);

— когда сроки давности не истекли, применяется еще один ограничительный срок — возобновление производства по делу в целях пересмотра оправдательного приговора, определения или постановления о прекращении уголовного дела либо обвинительного приговора в связи с мягкостью наказания либо необходимостью применения к осужденному уголовного закона о более тяжком преступлении возможно лишь в течение одного года со дня открытия вновь открывшихся обстоятельств (ст. 414 УПК).

Порядок проведения судебного заседания при разрешении судом вопроса о возобновлении производства по уголовному делу в целом совпадает с порядком рассмотрения дела в суде надзорной инстанции. Вместе с тем имеются и определенные различия, которые состоят в следующем:

— в отличие от производства в надзорном порядке судья, принимавший участие в рассмотрении дела в суде первой или второй (а также надзорной) инстанций, может участвовать в повторном рассмотрении этого дела по новым и вновь открывшимся обстоятельствам;

— особенностью рассмотрения дела о возобновлении производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств *по заключению прокурора* является то, что суд не вправе принять решение об *изменении* приговора, определения или постановления суда. В случае признания неправильности судебного решения оно отменяется, а дело передается для производства нового судебного разбирательства либо прекращается (ст. 418). Однако если дело пересматривается по представлению Председателя Верховного Суда РФ, Президиум Верховного Суда РФ вправе не только отменить, но и изменить судебное решение (ч. 5 ст. 415).

Судебное разбирательство по уголовному делу после отмены судебных решений по нему ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, а также обжалование новых судебных решений производится в общем порядке. При передаче дела для производства нового судебного разбирательства оно может быть направлено на новое рассмотрение также со стадии подготовки к судебному заседанию, если преступные действия судьи, установленные вступившим в законную силу приговором (п. 3 ч. 3 ст. 413), были допущены именно в этой стадии. Закон также не запрещает направление уголовного дела для нового рассмотрения мировому судье.

§ 1. ПОНЯТИЕ СТАДИИ ИСПОЛНЕНИЯ ПРИГОВОРА

Исполнение приговора — это деятельность по реализации содержащихся в нем предписаний. Ее осуществляют многие субъекты, выполняющие при этом различные функции. Фактической деятельностью по непосредственному исполнению наказания (приведению приговора в исполнение) занимаются учреждения уголовно-исполнительной системы, а также некоторые другие органы, учреждения и должностные лица (ст. 16 УИК РФ). Суды также участвуют в реализации приговоров и некоторых других судебных решений, выполняя при этом особые функции и используя специфические — судебные — методы и формы деятельности. Этому служит стадия уголовного судопроизводства, именуемая исполнением приговора, которая тесно переплетается с деятельностью других органов по фактическому исполнению наказания.

Целью стадии исполнения приговора является обеспечение условий для успешной реализации приговоров, а также постановлений и определений судов. Содержание судебной деятельности в этой стадии заключается в решении следующих задач:

— *исполнение* некоторых видов приговоров и других судебных решений: оправдательного приговора; обвинительного приговора без назначения наказания; приговора, освобождающего подсудимого от отбывания наказания; обвинительного приговора с назначением наказания, не связанного с лишением свободы, или наказания в виде лишения свободы условно; определения или постановления суда о прекращении уголовного дела — в части освобождения подсудимого из-под стражи;

— *обращение приговоров к исполнению*;

— *разрешение ряда вопросов, возникающих при реализации наказания.*

Выполнение этих задач составляют предмет данной стадии. Его отличительной особенностью является исполнительская направленность разрешаемых здесь вопросов — стадия исполнения приговора, в отличие от других стадий процесса, не направлена на установление наличия или отсутствия события преступления и виновности лица в его совершении.

Круг участников уголовного процесса в стадии исполнения приговора специфичен. Это суды, действующие как по месту вынесения приговора, так и по месту исполнения наказания или *применения принудительных мер медицинского характера* и т.д., прокурор, осужденный, его законный представитель, близкие родственники, защитник, представитель учреждения или органа, *по представлению которого разрешается вопрос, связанный с исполнением наказания*, а также лица, отбывшие наказание.

Процессуальная форма судебной деятельности и решений, принимаемых в данной стадии, различна и зависит от характера разрешаемой задачи. В одних случаях (при разрешении вопросов, возникающих в ходе реализации наказания, или при снятии судимости) это может быть традиционная для осуществления правосудия форма судебного заседания, завершающаяся вынесением постановления, в других (при обращении приговора к исполнению) — действия судьи имеют сугубо распорядительный характер и состоят в направлении в учреждение, орган или должностному лицу,

на которые возложено исполнение наказания, копии обвинительного приговора, распоряжения об исполнении приговора с указанием о вступлении его в законную силу, а иногда и некоторых других документов.

Представляет интерес вопрос о *процессуальных функциях*, выполняемых в данной стадии судом. Поскольку согласно п. 50 ст. 5 УПК судебное заседание является процессуальной формой осуществления *правосудия* в ходе досудебного и судебного производства, деятельность суда по разрешению в судебном заседании вопросов, возникающих в ходе реализации наказания (ст. 399, 400), следует, на наш взгляд, считать выполнением функции правосудия (в виде *судебного контроля* за правильной реализацией наказания и т.д.). Следует учесть, что эти вопросы в основном затрагивают сущность приговора, внося необходимые коррективы в назначенное судом наказание. Но уточнение и изменение судом ранее принятого решения о наказании составляет неотъемлемую часть правосудия. Суд, безусловно, продолжает выполнять функцию правосудия и тогда, когда после вынесения им решения в результате судебного разбирательства освобождает подсудимого из-под стражи в зале судебного заседания, исполняя в этой части оправдательный приговор, обвинительный приговор без назначения наказания; приговор, освобождающий подсудимого от отбывания наказания; обвинительный приговор с назначением наказания, не связанного с лишением свободы, или наказания в виде лишения свободы условно, а также определение или постановление о прекращении уголовного дела (ст. 311, ч. 3 ст. 391). В названных случаях начальная фаза стадии исполнения приговора практически смыкается с окончанием стадии судебного разбирательства. Суд выполняет функцию правосудия и тогда, когда разрешает вопрос об отсрочке исполнения приговора (ст. 398). Что же касается обращения приговора к исполнению, то здесь судья, на наш взгляд, вместе с органами, ведающими фактическим исполнением наказания, участвует в начальной фазе реализации иной, уголовно-исполнительной функции, а именно *приведения приговора в исполнение*.

§ 2. ОБРАЩЕНИЕ К ИСПОЛНЕНИЮ ПРИГОВОРОВ, ОПРЕДЕЛЕНИЙ И ПОСТАНОВЛЕНИЙ

Орган, занимающийся фактическим исполнением наказания, не может приступить к приведению приговора в исполнение, не получив данные о том, в отношении какого лица и с какого времени следует начать исполнение наказания (в частности, применена ли отсрочка исполнения наказания), каково должно быть его содержание. Поэтому до начала фактической реализации наказания требуется направление органу исполнения наказания соответствующего судебного распоряжения. Обращение приговора к исполнению представляет собой приказ суда начать деятельность по реализации содержащихся в нем предписаний. Эта деятельность получила название «*обращение приговора к исполнению*». Обращение к исполнению приговора, определения, постановления суда возлагается на суд, рассматривавший уголовное дело в первой инстанции.

Для того чтобы приговор, постановление или определение суда могли быть обращены к исполнению, они прежде должны *вступить в законную силу*. Приговор суда первой инстанции вступает в законную силу по истечении 10-суточного срока на его обжалование в апелляционном или кассационном порядке (ст. 356), если только он не был обжалован сторонами. Приговор суда апелляционной инстанции вступает в за-

конную силу по истечении 10-суточного срока на его обжалование в кассационном порядке, если он не был обжалован сторонами. В случае подачи жалобы или представления в кассационном порядке приговор, если он не отменен судом кассационной инстанции, вступает в законную силу в день вынесения кассационного определения.

Если приговор не был обжалован, он обращается к исполнению судом в течение 3 суток со дня его вступления в законную силу; в случае же принесения жалобы или представления — в тот же срок со дня возвращения в суд первой инстанции уголовного дела из суда апелляционной или кассационной инстанции.

В отношении лица, осужденного к лишению свободы и содержащегося под стражей, администрации места содержания под стражей направляется копия обвинительного приговора, а также подписанное судьей распоряжение об исполнении приговора с указанием о вступлении его в законную силу. Если приговор изменен кассационной инстанцией, к указанным документам приобщается и копия решения об изменении приговора.

При обращении к исполнению приговора об осуждении к лишению свободы лица, не находящегося под стражей, не позднее 3 суток по истечении срока на обжалование (если приговор не обжалован) или после получения из вышестоящего суда определения об оставлении приговора без изменения соответствующему органу внутренних дел по месту жительства осужденного направляется распоряжение о его исполнении. В распоряжении об исполнении приговора, которое направляется с приложением двух копий приговора и справки о судимости, должна быть указана дата вступления приговора в законную силу. Распоряжение подписывается судьей и секретарем суда.

Для обращения к исполнению вступившего в законную силу приговора об осуждении лица к исправительным работам или к обязательным работам две копии приговора направляются в уголовно-исполнительную инспекцию с приложением подписки осужденного о его явке в инспекцию.

При условном осуждении к лишению свободы, исправительным работам, ограничению свободы копия приговора для контроля за поведением осужденного направляется по месту его жительства в уголовно-исполнительную инспекцию, а в отношении несовершеннолетнего — также в комиссию по делам несовершеннолетних и защите их прав.

Во всех случаях осуждения несовершеннолетних к мерам наказания, не связанным с лишением свободы, или применения к ним принудительных мер воспитательного воздействия копия приговора должна быть направлена в комиссию по делам несовершеннолетних и защите их прав по месту жительства осужденного. Одновременно с этим должна быть направлена справка-характеристика, составленная органами предварительного расследования и дополненная председательствующим по делу судьей сведениями, выявленными при судебном рассмотрении дела. На несовершеннолетних, осужденных к лишению свободы, справка-характеристика должна также направляться в следственный изолятор для приобщения к личному делу осужденного.

Для исполнения приговора о лишении права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью копия приговора, вступившего в законную силу, направляется судом, постановившим приговор, в уголовно-исполнительную инспекцию по месту жительства (работы) осужденного, в исправительный центр, в исправительное учреждение или в дисциплинарную воинскую часть для осуществления контроля за исполнением указанной меры наказания, а также в администрацию

предприятия, учреждения, организации по месту работы осужденного и в органы, правомочные в соответствии с законом аннулировать разрешение на занятие соответствующей деятельностью, запрещенной осужденному.

При назначении штрафа в качестве основного наказания либо дополнительного наказания к мерам, не связанным с лишением свободы, в случае неуплаты осужденным штрафа добровольно в месячный срок взыскание производится принудительно на основании исполнительного документа. Исполнительный документ направляется в подразделение судебных приставов-исполнителей по месту работы или жительства осужденного. При назначении штрафа в качестве дополнительного наказания исполнительный документ направляется в подразделение судебных приставов по месту известного нахождения имущества, по месту жительства либо по месту отбывания наказания.

Требования приговора о лишении специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград исполняются должностным лицом, присвоившим звание, классный чин или наградившим государственной наградой, либо соответствующими органами Российской Федерации. Для обращения к исполнению приговора о лишении осужденного специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград копия приговора по вступлении его в законную силу направляется в орган, принявший решение о государственной награде, присвоивший звание, классный чин, с приложением наград и документов к ним, если они приобщены к делу.

О вступивших в законную силу приговорах в отношении осужденных военнo-обязанных и призывников в районные (городские) военные комиссариаты по месту жительства осужденного направляется сообщение за подписью судьи и секретаря, заверенное гербовой печатью.

В случае удовлетворения гражданского иска об обращении приговора к исполнению суд извещает гражданского истца и гражданского ответчика.

§ 3. ПРОИЗВОДСТВО ПО РАССМОТРЕНИЮ И РАЗРЕШЕНИЮ ВОПРОСОВ, СВЯЗАННЫХ С ИСПОЛНЕНИЕМ НАКАЗАНИЯ

1. Вопросы, связанные с исполнением приговора

После вынесения приговора могут возникать обстоятельства, затрудняющие его реализацию в соответствии с целями наказания, предусмотренными законом (ст. 43 УК РФ), либо делающие нецелесообразным, а иногда даже невозможным его исполнение в прежнем виде. Органы, ведающие исполнением наказания, не вправе разрешать такие вопросы, ибо, как правило, они затрагивают содержание приговора и потому отнесены к компетенции суда: а) постановившего приговор, либо б) по месту отбывания осужденным наказания или *применения принудительных мер медицинского характера*, либо в) по месту задержания осужденного, либо г) по месту жительства осужденного — в зависимости от характера возникающих при исполнении наказания вопросов.

Вопросы, связанные с исполнением приговора, по моменту своего рассмотрения разделяются на три категории: а) решаемые до обращения приговора к исполнению; б) рассматриваемые в процессе исполнения приговора или иного судебного решения; в) рассматриваемые после отбытия наказания (вопрос о снятии судимости).

К первой группе указанных вопросов относится *отсрочка исполнения приговора* (ст. 398 УПК). Она возможна на определенный срок и лишь при осуждении лица к обязательным работам, исправительным работам, ограничению свободы, аресту или лишению свободы по следующим основаниям:

1) болезнь осужденного, препятствующая отбыванию наказания, — до его выздоровления. Следует иметь в виду, что согласно ст. 81 УК РФ предусматривается и полное освобождение от наказания в связи с такими заболеваниями, как: а) психическое расстройство, лишающее лицо возможности осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими; б) иная тяжелая болезнь, препятствующая отбыванию наказания. Лица, имеющие психическое расстройство, лишающее лицо возможности осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими, освобождаются от наказания в любом случае. Освобождение от наказания либо отсрочка исполнения приговора в случае иного тяжелого заболевания применяются по усмотрению суда;

2) беременность осужденной или наличие у нее малолетних детей — до достижения младшим ребенком возраста 14 лет, за исключением осужденных к лишению свободы на срок свыше 5 лет за тяжкие и особо тяжкие преступления против личности. Малолетними считаются дети в возрасте до 14 лет. Как в случае беременности осужденной, так и при наличии у нее малолетнего ребенка исполнение приговора должно быть отложено до достижения ребенком 14-летнего возраста;

3) тяжкие последствия или угроза их возникновения для осужденного или его близких родственников, вызванные пожаром или иным стихийным бедствием, тяжелой болезнью или смертью единственного трудоспособного члена семьи, другими исключительными обстоятельствами, — на срок, установленный судом, но не более 6 месяцев.

Уплата штрафа может быть отсрочена или рассрочена на срок не более 3 лет со дня вступления приговора в законную силу, когда немедленная уплата его является для осужденного невозможной. Немедленная уплата штрафа считается невозможной для осужденного, если это повлечет для него или членов его семьи тяжелые материальные последствия либо если у осужденного отсутствует имущество. Вопрос об отсрочке исполнения приговора решается судом в судебном заседании по ходатайству осужденного, его законного представителя, близких родственников, защитника либо по представлению прокурора.

Вопросы второй группы рассматриваются судьей уже *в процессе исполнения приговора* или решения о применении принудительных мер медицинского характера. К ним принадлежат:

1. *Корректировка приговора* в ходе его исполнения с точки зрения достижения целей наказания (п. 2—5, 7, 8, 16 ст. 397). Наказание назначается в целях восстановления социальной справедливости, а также для исправления осужденного и предупреждения совершения им новых преступлений (ч. 2 ст. 43 УК РФ). Однако в процессе отбывания наказания могут появляться факторы, которые ускоряют или, напротив, сдерживают достижение указанных целей (поведение осужденного, его отношение к учебе и труду, отношение к совершенному деянию и т.д.). Под их воздействием могут происходить непредвиденные судом при вынесении приговора изменения степени общественной опасности осужденного, в связи с чем наказание, назначенное приговором суда, перестает отвечать поставленным законом целям. Это диктует необходимость вмешательства суда в процесс реализации наказания путем корректировки с учетом поведения и характеристики личности осужденного применяемых мер

либо в сторону их смягчения, либо и в сторону ужесточения¹. В связи с этим суд может принять решения:

- о замене штрафа, обязательных работ, исправительных работ, ограничения свободы другим наказанием в случае злостного уклонения от его отбывания (ст. 46, 49, 50, 53 УК РФ);

- об изменении вида исправительного учреждения, назначенного по приговору суда осужденному к лишению свободы (ст. 78 и 140 УИК);

- об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания, а также об отмене условно-досрочного освобождения (ст. 79 УК);

- о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания (ст. 80 УК);

- об отмене условного осуждения или о продлении испытательного срока (ст. 74 УК);

- об отмене либо о дополнении возложенных на осужденного обязанностей (ст. 73 УК);

- об освобождении от наказания несовершеннолетних с применением принудительных мер воспитательного воздействия (ч. 2 ст. 92 УК).

2. *Учет новых обстоятельств*, возникших после вынесения приговора, которые, не имея отношения к оценке поведения осужденного с точки зрения достижения целей наказания, делают, однако, невозможным, неправомерным или нецелесообразным исполнение судебного решения в прежнем виде. Эти обстоятельства влекут за собой:

- решение вопросов, связанных с реабилитацией лица, а именно — разрешение требования о возмещении имущественного вреда и восстановлении трудовых, пенсионных, жилищных и иных прав реабилитированного (п. 1 ст. 397 УПК);

- освобождение от наказания в связи с болезнью осужденного в соответствии со ст. 81 УК (п. 6 ст. 387 УПК);

- освобождение от отбывания наказания в связи с истечением сроков давности обвинительного приговора в соответствии со ст. 83 УК (п. 9 ст. 397 УПК);

- решение вопросов о продлении, изменении или прекращении применения принудительных мер медицинского характера в соответствии со ст. 102 и 104 УК (п. 12 ст. 397 УПК);

- освобождение от наказания или смягчение наказания вследствие издания уголовного закона, имеющего обратную силу, в соответствии со ст. 10 УК (п. 13 ст. 397 УПК);

- снижение размера удержания из заработной платы осужденного к исправительным работам в соответствии со ст. 44 УИК в случае ухудшения материального положения осужденного (п. 14 ст. 397 УПК);

- отмену отсрочки отбывания наказания беременным женщинам и женщинам, имеющим малолетних детей, при отпадении оснований для отсрочки (п. 17 ст. 397 УПК);

- замену неотбытой части наказания более мягким видом наказания либо об освобождении от наказания в виде ограничения по военной службе военнослужащего, уволенного с военной службы, в порядке, установленном ст. 148 УПК (п. 19 ст. 397 УПК);

- передачу гражданина иностранного государства, осужденного к лишению свободы судом Российской Федерации, для отбывания наказания в государство, гражданином которого осужденный является (п. 20 ст. 397);

- признание приговора суда иностранного государства, которым осужден гражданин Российской Федерации, передаваемый в Российскую Федерацию для отбывания наказания, определения порядка и условий его исполнения (п. 21 ст. 397).

¹ См.: Свиридов М.К. Сущность и предмет стадии исполнения приговора. Томск, 1978. С. 16—17.

3. *Заключение под стражу осужденного*, скрывшегося с целью уклонения от отбывания наказания в виде штрафа, обязательных работ, исправительных работ либо ограничения свободы (п. 18 ст. 397).

4. *Устранение пробелов и явных ошибок*, допущенных в приговоре: об исполнении приговора при наличии других неисполненных приговоров, если это не решено в последнем по времени приговоре; о зачете времени содержания под стражей, а также времени пребывания в лечебном учреждении (п. 10, 11 ст. 397).

5. *Разъяснение сомнений и неясностей*, возникающих при исполнении приговора (п. 15 ст. 397). По сложившейся судебной практике суды при возникшей к тому необходимости исправляют в порядке, предусмотренном для разрешения вопросов, связанных с исполнением приговора, лишь такие сомнения и неясности, возникающие в результате недостатков приговора, устранение которых *не затрагивает существо приговора и не влечет ухудшения положения осужденного*. Так, устраняя сомнения и неясности, суды разрешают, в частности, следующие вопросы:

— об отмене меры пресечения в случаях, когда при оправдании подсудимого или осуждении его с освобождением от наказания в приговоре суда не сказано о ее отмене;

— об отмене мер обеспечения гражданского иска или конфискации имущества, полученного в результате преступных действий или нажитого преступным путем, если при вынесении оправдательного приговора или отказе в иске либо неприменении конфискации эти меры не были отменены приговором;

— о судьбе вещественных доказательств, если она не решена приговором суда;

— об определении размера и распределении судебных издержек, если эти вопросы не получили разрешения в приговоре суда;

— об оплате труда защитника, участвовавшего в деле по назначению суда, если этот вопрос не разрешен одновременно с вынесением приговора;

— о передаче детей осужденного, оставшихся без надзора, на попечение родственников либо других лиц или учреждений в случаях, когда суд по ошибке не решил эти вопросы при вынесении приговора;

— об устранении ошибок, допущенных в приговоре при написании фамилии, имени, отчества или иных биографических данных осужденного, а также описок и арифметических ошибок, если они очевидны и необходимость исправления их не вызывает сомнения, и др.

2. Порядок разрешения вопросов, связанных с исполнением приговора

Вопросы, связанные с исполнением приговора, рассматриваются судьей соответствующего суда единолично в судебном заседании, в котором вправе принимать участие прокурор. Решение об участии осужденного в судебном заседании принимает суд, однако в любом случае осужденный может защищать свои права с помощью адвоката. Однако при наличии соответствующей просьбы осужденного суд обязан обеспечить его участие в судебном заседании для изложения своей позиции и представления необходимых доказательств¹.

Инициатива о рассмотрении судом вопросов, связанных с исполнением приговора, может принадлежать учреждению или органу, исполняющему наказание; в случа-

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 11.07.2006 № 351-О.

ях, предусмотренных п. 3, 5, 6, 9, 11—15 ст. 397 и ч. 1, 2 ст. 398 — осужденному¹; в случае, указанном в п. 18 ст. 397 (задержание осужденного), — органу внутренних дел по месту задержания; а в случаях, предусмотренных п. 20 и 21 ст. 397, ст. 469—472 УПК, — федеральному органу юстиции, осужденному или его представителю, а также компетентным органам иностранного государства в соответствии с нормами международного права.

Бремя доказывания обстоятельств, связанных с исполнением приговора и являющихся предметом исследования в судебном заседании, лежит либо на учреждении, исполняющем наказание, или органе, по представлению которого разрешается вопрос, связанный с исполнением наказания, либо на осужденном — в зависимости от того, по чьей инициативе (представлению или ходатайству) рассматривается соответствующий вопрос. На наш взгляд, пределы активности суда при исследовании указанных обстоятельств должны быть значительно шире, чем в обычном судебном разбирательстве. Учитывая стесненное положение осужденного в добывании доказательств, суд обязан не только по ходатайству осужденного, но и по собственной инициативе истребовать здесь недостающие материалы.

Судебное заседание начинается с доклада представителя учреждения или органа, подавшего представление, либо с объяснения осужденного, после чего исследуются представленные материалы, заслушиваются объяснения лиц, явившихся в судебное заседание, мнение прокурора. Затем судья удаляется для вынесения постановления.

По ходатайству и с участием лица, отбывшего наказание, судьей по месту жительства данного лица в судебном заседании решается и вопрос о снятии судимости. Лицо, в отношении которого решается данный вопрос, несет бремя доказывания. Доказательствами, подтверждающими правомерность снятия судимости, обычно служат документы: заверенные копии приговора и, при их наличии, определения (постановления) судов кассационной или надзорной инстанции, справка об отбытии осужденным наказания, копии приказов о поощрениях, документы, подтверждающие возмещение вреда, причиненного преступлением, характеристики с места жительства и работы. Суд может истребовать и дополнительные материалы: сведения о судимости, справку участкового инспектора милиции о поведении данного лица по месту жительства. Вместе с тем кроме лица, обратившегося с ходатайством, и прокурора в судебном заседании могут быть заслушаны и иные лица, приглашенные в судебное заседание: представители муниципальных и жилищных органов, общественных организаций, соседи, члены семьи, сослуживцы и т.д. Объяснения этих лиц не являются свидетельскими показаниями, однако заносятся в протокол судебного заседания и оцениваются наравне с представленными документами при вынесении судом решения.

¹ Пункт 6 ст. 397 предусматривает освобождение от наказания в связи с болезнью осужденного в соответствии со ст. 81 УК РФ. Статья 399 УПК требует, чтобы этот вопрос решался лишь по ходатайству самого осужденного. Однако согласно ч. 5—6 ст. 175 УИК, представление об освобождении от отбывания наказания в связи с наступлением психического расстройства вносится в суд начальником учреждения или органа, исполняющего наказание, а представление об освобождении от отбывания наказания в связи с иной тяжелой болезнью вносится в суд начальником учреждения или органа, исполняющего наказание. Решение, предлагаемое УИК, представляется более правильным, поскольку при психическом или ином тяжком заболевании осужденный может быть лишен возможности лично заявить соответствующее ходатайство. Вместе с тем не исключается решение этого вопроса и по ходатайству самого осужденного. Таким образом, могут применяться обе рассмотренные нормы.

Раздел IX

ОСОБЫЕ ПОРЯДКИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

ГЛАВА 32. ПОНЯТИЕ ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ФОРМЫ

Дифференциация уголовно-процессуальной формы — это такое устройство судопроизводства, при котором наряду с его обычным порядком имеют место процессуальные формы, предусматривающие как упрощение процедуры по несложным делам о преступлениях, небольшой общественной опасности, так и усложнение ее по делам о наиболее опасных преступлениях либо делам, требующим особой процессуальной защищенности законных интересов обвиняемого или иных участников судопроизводства.

Вопрос о возможности упрощения отдельных процессуальных форм вызвал в свое время дискуссию в науке советского уголовного процесса. Дифференциация форм процесса приобрела тогда как своих сторонников¹, так и противников². Последние считали основной тенденцией развития уголовно-процессуального права унификацию судопроизводства по всем уголовным делам на том основании, что единым является само понятие «преступление». Возможность дифференциации они признавали лишь при условии неперемennого сохранения всех процессуальных гарантий. Сторонники дифференциации процессуальных форм в сторону их упрощения опирались в основном на заимствованную в законодательстве ряда западных государств идею разделения уголовных правонарушений на преступления и уголовные проступки, обладающие по сравнению с преступлениями меньшей степенью общественной опасности и потому допускающие упрощение формы судопроизводства, приближающейся к административной.

Российский законодатель пока не пошел по пути дифференциации уголовных правонарушений на преступления и уголовные проступки, избрав компромиссный путь — понятие преступления остается единым, однако формы уголовного судопроизводства дифференцируются с использованием (вместе или порознь) следующих критериев: а) степени общественной опасности преступлений; б) степени сложности производства по уголовному делу; в) особенностей личности обвиняемого; г) наличия волеизъявления обвиняемого на применение соответствующей процедуры; д) уважения суверенитета иностранного государства.

Дифференциация процессуальной формы в сторону ее большей сложности порождает в российском уголовном судопроизводстве так называемые *особенности производства* по отдельным категориям дел либо *особые порядки судопроизводства*:

— особенности производства в суде с участием присяжных заседателей, которое предусмотрено по делам о преступлениях *повышенной общественной опасности*, подсудных краевым, областным и равным им судам, — при наличии *ходатайства* об этом хотя бы от одного из обвиняемых (гл. 42 УПК);

¹ См.: Пашкевич П.Ф. Процессуальные формы судопроизводства нужно дифференцировать // Соц. законность. 1974. № 8; Арсеньев В.Д. О едином порядке судопроизводства по уголовным делам и пределах его дифференциации // Труды Иркутского ун-та. 1970. Т. 85. Сер. юр. Вып. 10. Ч. 4. Вопросы борьбы с преступностью. С. 87—100; Якуб М.Л. Порядок уголовного судопроизводства следует дифференцировать // Соц. законность. 1975. № 1; Гуляев А.П. Единый порядок предполагает дифференциацию // Соц. законность. 1975. № 3.

² См.: Строгович М.С. О единой форме уголовного судопроизводства и пределах ее дифференциации // Соц. законность. 1974. № 9, и др.

— особый порядок судопроизводства по уголовным делам в отношении *несовершеннолетних* (гл. 50);

— особый порядок судопроизводства о применении принудительных мер медицинского характера в отношении лиц, совершивших запрещенное уголовным законом деяние в состоянии *невменяемости*, или лиц, у которых после совершения преступления наступило *психическое расстройство*, делающее невозможным назначение наказания или его исполнение (гл. 51);

— особенности производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц, пользующихся *служебным иммунитетом* от уголовного преследования (гл. 52 УПК);

— особенности производства в порядке *межгосударственного взаимодействия или взаимопомощи* по уголовным делам (ч. 2 ст. 3; гл. 53—55).

Дифференциация процессуальной формы в сторону ее упрощения дает начало различным видам *целерантного* (см. о нем § 1, 2 гл. 23 учебника), т.е. упрощенного и ускоренного производства:

— дознание как упрощенная и ускоренная форма предварительного расследования по делам об *очевидных* преступлениях *небольшой или средней тяжести* (гл. 32);

— особый порядок принятия судебного решения *при согласии обвиняемого* с предъявленным ему обвинением по делам о преступлениях, возможное наказание за которые не превышает 10 лет лишения свободы (гл. 40), представляющий собой разновидность производства с использованием так называемой формальной сделки о признании;

— производство по уголовным делам *частного обвинения* (ст. 318, 319, 321), являющееся разновидностью целерантной формы, известной в теории уголовного процесса как *непосредственный вызов обвиняемого в суд*.

Ускорение и упрощение производства достигается в этих формах не в ущерб правам и законным интересам подозреваемого и обвиняемого, поскольку они имеют здесь возможность в состязательном порядке воспользоваться всем объемом прав, предусмотренных для них уголовно-процессуальным законом. Более того, целерантный характер процесса обеспечивает *срочность судебного разбирательства*, т.е. его предоставление без неоправданной задержки. Это способствует, с одной стороны, стремительности, и значит, эффективности уголовной репрессии, а с другой — быстрой судебной защите законных интересов самих обвиняемых. В этой связи следует вспомнить Шарля Монтескье, который говорил: «Для свободы необходимы судебные формальности, но число их может быть так велико, что они станут препятствовать целям тех самых законов, которые их установили. Дела будут длиться без конца... При этом граждане потеряют свободу и безопасность, обвинитель не будет иметь возможности доказать обвинение, а обвиняемый — оправдаться»¹.

¹ Монтескье Ш. Избранные произведения. М., 1955. С. 643.

**§ 1. ПОНЯТИЕ ОСОБОГО ПОРЯДКА ПРОИЗВОДСТВА
ПО ДЕЛАМ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ.
МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ В ЭТОЙ ОБЛАСТИ**

Особый порядок производства применяется к подозреваемым и обвиняемым (в том числе подсудимым), не достигшим к моменту совершения преступления 18-летнего возраста (ч. 1 ст. 420 УПК). Он не представляет собой какой-либо особой самостоятельной процедуры, которая бы в корне отличалась от общего порядка производства по уголовным делам. Это общий порядок процесса, снабженный дополнительными гарантиями прав и законных интересов несовершеннолетних. Все эти гарантии исходят из необходимости оказания помощи лицу, которое из-за возрастных особенностей самостоятельно еще не в состоянии полноценно защищать свои права и интересы в уголовном процессе. Однако если к моменту рассмотрения уголовного дела это лицо достигло совершеннолетия, то применение в отношении его многих процессуальных гарантий, рассчитанных именно на положение несовершеннолетнего, теряет смысл. В частности, заканчивается, как правило, участие в деле законного представителя, прекращает быть обязательным участие защитника, меняются условия применения к обвиняемому мер пресечения, порядок вызова к следователю, дознавателю или в суд, правила его допроса и т.д. Вместе с тем представляется, что обстоятельства, связанные с причинами и условиями совершения данным лицом преступления в бытность его несовершеннолетним, влиянием на него в этот период времени старших по возрасту лиц, должны устанавливаться так, как этого требуют нормы особого порядка производства в отношении несовершеннолетних, ибо это имеет значение для определения оснований и меры уголовной ответственности как данного лица, так и взрослых, вовлекших его в преступную деятельность. Кроме того, следует иметь в виду, что применение особенностей производства по делам несовершеннолетних продолжается при принятии судом решения о распространении на лиц в возрасте от 18 до 20 лет содержащихся в уголовном законе положений об особенностях уголовной ответственности несовершеннолетних (ст. 96 УК РФ).

Применительно к порядку уголовного судопроизводства для несовершеннолетних существуют рекомендательные международно-правовые нормы, закрепленные в таком авторитетном документе, как Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (Пекинские правила), которые были приняты Резолюцией № 40/33 Генеральной Ассамблеи ООН от 10.12.85 г. Российское законодательство, регулирующее производство по делам несовершеннолетних, в полной мере учитывает эти общепризнанные международно-правовые нормы.

§ 2. ОСОБЕННОСТИ СОСТАВА УЧАСТНИКОВ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛАМ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

Кроме обычных участников судопроизводства (дознателя, следователя, прокурора, суда, защитника и т.д.) по данной категории дел предусмотрено участие: законного представителя несовершеннолетнего подозреваемого или обвиняемого, а в определенных случаях также специалистов — педагога или психолога. Участие защитника при производстве по уголовным делам несовершеннолетних является обязательным (п. 2 ч. 1 ст. 51 УПК).

Законные представители несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого допускаются к участию в уголовном деле с момента его первого допроса. Следователь, дознаватель должны известить законного представителя о времени и месте допроса, а после его явки — разрешить вопрос о допуске его в уголовное дело путем вынесения об этом постановления. При этом законному представителю разъясняются его права и обязанности.

Законный представитель вправе:

- знать, в чем подозревается или обвиняется несовершеннолетний. Это право реализуется разъяснением ему следователем или дознавателем сущности подозрения или обвинения против несовершеннолетнего;

- присутствовать при предъявлении обвинения;

- участвовать в допросе несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, а также с разрешения следователя — в иных следственных действиях, производимых с его участием и участием защитника. Законный представитель имеет право не просто присутствовать при допросе несовершеннолетнего, но с разрешения следователя задавать ему вопросы, которые подлежат занесению в протокол, в том числе и в том случае, если они были отведены следователем или дознавателем;

- знакомиться с протоколами следственных действий, в которых он принимал участие, и делать письменные замечания о правильности и полноте сделанных в них записей;

- заявлять ходатайства и отводы, подавать жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора, суда;

- представлять предметы и документы, которые могут быть признаны следователем, дознавателем и судом доказательствами по уголовному делу;

- по окончании предварительного расследования знакомиться со всеми материалами уголовного дела, выписывать из него любые сведения и в любом объеме;

- принимать участие в судебном разбирательстве дела, давать здесь показания в качестве свидетеля и выступать в прениях сторон;

- участвовать в заседании судов апелляционной, кассационной и надзорной инстанций. При этом суды этих инстанций должны рассматривать жалобы законных представителей независимо от позиции, занимаемой по делу несовершеннолетним осужденным или потерпевшим.

Кроме законного представителя, следователь, дознаватель по ходатайству защитника либо по собственной инициативе обеспечивают участие в допросе несовершеннолетнего подозреваемого (обвиняемого) *педагога либо психолога*. При допросе несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого и подсудимого, не достигшего возраста 16 лет либо достигшего этого возраста, но страдающего психическим рас-

стройством или отстающего в психическом развитии, участие педагога или психолога обязательно (ст. 425 УПК). Психическое расстройство у несовершеннолетнего подозреваемого или обвиняемого, достигшего 16-летнего возраста, должно быть подтверждено медицинскими документами или заключением судебно-психиатрической экспертизы. Факт отставания в психическом развитии устанавливается на основании заключения эксперта-психолога. Педагог или психолог вправе: а) с разрешения следователя, дознавателя или председательствующего в судебном заседании задавать вопросы несовершеннолетнему подозреваемому, обвиняемому; б) по окончании допроса знакомиться с протоколом допроса и делать письменные замечания о правильности и полноте сделанных в нем записей. Эти права следователь, дознаватель, суд разъясняют педагогу или психологу перед допросом несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, о чем делается отметка в соответствующем протоколе.

§ 3. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ УСТАНОВЛЕНИЮ ПО ДЕЛАМ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

При производстве предварительного расследования и судебного разбирательства по уголовному делу о преступлении, в котором подозревается или обвиняется несовершеннолетний наряду с общим предметом доказывания (ст. 73 УПК) подлежат обязательному установлению также следующие обстоятельства (ст. 421):

- а) возраст несовершеннолетнего, число, месяц и год его рождения;
- б) уровень психического развития и иные особенности его личности;
- в) условия жизни и воспитания несовершеннолетнего;
- г) влияние на несовершеннолетнего старших по возрасту лиц.

Возраст (число, месяц и год рождения) может быть установлен свидетельством о рождении, паспортом (либо их копиями). В случае противоречия между данными о возрасте в указанных документах делается запрос по месту регистрации рождения. При установлении возраста несовершеннолетнего следует учитывать, что лицо считается достигшим возраста, с которого наступает уголовная ответственность, не в день рождения, а по истечении суток, на которые приходится этот день, т.е. с нуля часов следующих суток. Если документы о возрасте отсутствуют или вызывают сомнение, то в обязательном порядке проводится судебно-медицинская экспертиза (п. 5 ст. 196). При установлении судебно-медицинским экспертом определенного года рождения несовершеннолетнего днем его рождения считается последний день того года, который назван в заключении эксперта. Когда же возраст определяется в заключении эксперта минимальным и максимальным числом лет, следует исходить из предлагаемого минимального возраста такого лица.

Если несовершеннолетний достиг возраста, с которого он может быть привлечен к уголовной ответственности, однако у него обнаружено отставание в психическом развитии, не связанное с психическим расстройством, но ограничивающее его способность осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий либо руководить ими, он не подлежит уголовной ответственности (ч. 3 ст. 20 УК РФ). Умственная отсталость несовершеннолетнего, не связанная с психическим заболеванием, представляет собой значительное отставание от нормального для данного возраста уровня развития мыслительной, познавательной деятельности, запаса знаний и представлений, развития эмоционально-волевой сферы. При наличии дан-

ных, указывающих на такую отсталость, может быть назначена судебно-психологическая либо комплексная психолого-психиатрическая экспертиза. Психологическая экспертиза обычно назначается с целью выяснения наличия и степени умственной отсталости. При этом эксперту ставятся следующие вопросы: а) имеется ли у несовершеннолетнего отклонение от нормального для данного возраста уровня развития, которое влечет умственную отсталость; б) если да, то в чем оно выражается; в) полностью ли осознавал несовершеннолетний значение своих действий и мог ли руководить ими. Комплексная психолого-психиатрическая экспертиза назначается в случаях, когда умственная отсталость связана с болезненными состояниями психики: олигофренией в степени дебильности, психофизическим инфантилизмом, астеническим синдромом и т.д.

Установление иных особенностей личности несовершеннолетнего состоит в выяснении основных черт его характера, круга интересов, привычек, состояния здоровья, степени проявления возрастных особенностей психики, таких, как внушаемость, склонность к подражанию, фантазированию и т.д.

Установление условий жизни и воспитания несовершеннолетнего предполагает собирание и исследование данных, касающихся:

- родителей или заменяющих их лиц, их образования, профессии, места работы; моральных качеств; отношения друг к другу и детям; выполнения обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего;

- материально-бытовых условий семьи, наличия у несовершеннолетнего собственного имущества, заработка и их размеров;

- учебы или работы несовершеннолетнего, в том числе успеваемости, отношения к работе или учебе; внимания, проявляемого образовательным учреждением к его воспитанию, поддержанию связей с семьей и т.д.;

- причин, по которым несовершеннолетний не учился и не работал, и мер, которые были приняты в связи с этим семьей и органами профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних (комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав, органы управления социальной защитой населения, органы управления образованием, органы опеки и попечительства, органы по делам молодежи, управления здравоохранением, службы занятости, внутренних дел);

- поведения несовершеннолетнего, включая его отношение к старшим и сверстникам, совершение им ранее иных правонарушений.

Обычно для получения указанных данных проводится допрос родителей, учителей (классного руководителя и др.), воспитателей учебно-воспитательного учреждения, соседей, знакомых, товарищей по учебе и работе несовершеннолетнего. Сведения об условиях жизни и воспитания несовершеннолетнего могут быть собраны также с помощью истребования акта обследования, которое может быть поручено, например, органу опеки и попечительства.

По делам несовершеннолетних обычно проверяется версия о подстрекательстве или соучастии в совершении преступления со стороны взрослых лиц. При рассмотрении дел о преступлениях несовершеннолетних, совершенных с участием взрослых, выясняется характер взаимоотношений между взрослыми и подростком, характер и степень влияния на несовершеннолетнего старших по возрасту лиц. Эти данные могут не только повлиять на определение оснований и меры уголовной ответственно-

сти самого несовершеннолетнего, но и иметь существенное значение для установления роли взрослого в вовлечении несовершеннолетнего в совершение преступления. Если совершению преступления несовершеннолетним предшествовало неправомерное или провоцирующее поведение взрослых лиц, в том числе признанных потерпевшими по делу, суд вправе признать это обстоятельство смягчающим наказание виновного.

§ 4. ОСОБЕННОСТИ ПРОЦЕДУРЫ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛАМ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

Особенности процедуры производства по делам данной категории включают:

- выделение уголовного дела в отношении несовершеннолетнего в отдельное производство;
- особые условия задержания несовершеннолетнего и избрания ему меры пресечения;
- особый порядок вызова несовершеннолетнего подозреваемого и обвиняемого и его допроса;
- возможность непредъявления несовершеннолетнему обвиняемому для ознакомления части материалов дела при окончании предварительного расследования (ч. 3 ст. 426);
- особенности участия несовершеннолетнего подсудимого в судебном заседании;
- закрытое судебное разбирательство по делам о преступлениях несовершеннолетних, не достигших 16 лет (ст. 241);
- вопросы, разрешаемые судом при постановлении приговора в отношении несовершеннолетнего.

Рассмотрим эти особенности более подробно.

1. Выделение в отдельное производство уголовного дела в отношении несовершеннолетнего

Уголовное дело в отношении несовершеннолетнего, участвовавшего в совершении преступления вместе со взрослым, как правило, выделяется в отдельное производство (ст. 422 УПК). Однако такое выделение уголовного дела допускается при одном важном условии, а именно если это не отразится на всесторонности и объективности предварительного расследования и разрешения уголовного дела. Как правило, выделение невозможно, если несовершеннолетний являлся исполнителем, организатором либо подстрекателем преступления, активно участвовал во всех эпизодах преступной деятельности взрослых.

В деле, выделенном в отдельное производство, должны содержаться подлинники или заверенные следователем или дознавателем копии процессуальных документов, имеющих значение для данного уголовного дела. В подлинниках обычно хранятся материалы, характеризующие личность несовершеннолетнего, условия его жизни и воспитания, а также документы о его возрасте.

2. **Задержание несовершеннолетнего и избрание ему меры пресечения**

Задержание несовершеннолетнего подозреваемого, а также применение к несовершеннолетнему подозреваемому, обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу производятся в порядке, установленном ст. 91, 97, 99, 100 и 108 УПК. При этом к несовершеннолетним обвиняемым и подозреваемым заключение под стражу должно применяться лишь в качестве крайней меры и в течение кратчайшего периода времени; содержание под стражей по возможности следует заменять другими альтернативными мерами (ст. 13 Пекинских правил). С учетом этой международно-правовой нормы российское уголовно-процессуальное законодательство (ч. 2 ст. 108 УПК) предусматривает, что несовершеннолетний может быть заключен под стражу лишь при условии, что он обвиняется либо подозревается в совершении, как правило, *тяжкого или особо тяжкого преступления*, за которое может быть назначено наказание свыше 5 лет лишения свободы. И только в исключительных случаях заключение под стражу может быть применено к несовершеннолетнему при его обвинении (наличии подозрения) в совершении преступления средней тяжести, т.е. при возможности назначения ему наказания от 2 до 5 лет лишения свободы по умышленным преступлениям и свыше 2 лет лишения свободы по неосторожным (ч. 3 ст. 15 УК РФ).

При решении вопроса об избрании меры пресечения в каждом случае должна обсуждаться возможность отдачи несовершеннолетнего обвиняемого под присмотр (более подробно см. об этом § 4 гл. 8 учебника).

О задержании, заключении под стражу или продлении срока содержания под стражей несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого орган дознания, дознаватель, следователь, прокурор или суд обязаны немедленно извещать его законных представителей (родителей или попечителя).

3. **Вызов несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого и особенности его допроса**

Вызов несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, к следователю, дознавателю или в суд для проведения его допросов или иных процессуальных действий производится через его законных представителей (родителей или попечителя), а если несовершеннолетний содержится в специализированном учреждении для несовершеннолетних¹ — через администрацию этого учреждения (ст. 424 УПК). Законные представители несовершеннолетнего или администрация специализированного учреждения, получив вызов несовершеннолетнего к следователю, дознавателю или в суд, могут проконтролировать его действия, а также обеспечить явку защитника. В повестке, направляемой законному представителю, следует указывать на его обязанность обеспечить явку несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого.

¹ В данном случае под специализированным учреждением подразумеваются учебно-воспитательные учреждения, в которые несовершеннолетние помещаются судом на основании п. 11 ст. 50 Закона РФ от 10.07.92 г. «Об образовании» и Федерального закона от 24.06.99 г. «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних».

Допрос несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, подсудимого подчиняется общим правилам проведения этого следственного действия с учетом следующих особенностей (ст. 425):

— допрос несовершеннолетнего не может продолжаться без перерыва более 2 часов, а в общей сложности — более 4 часов в день. Превышение указанной продолжительности допроса не допускается, даже если несовершеннолетний подозреваемый, обвиняемый или его представитель выражают согласие на его продолжение. Время начала и окончания допроса должно быть указано в протоколе;

— в допросе обязательно принимает участие защитник, который вправе задавать ему вопросы, а по окончании допроса знакомиться с протоколом и делать замечания о правильности и полноте записей в нем;

— следователь, дознаватель обеспечивают участие педагога или психолога в допросе несовершеннолетнего подозреваемого или обвиняемого по ходатайству защитника либо по собственной инициативе;

— в допросе несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, не достигшего возраста 16 лет либо достигшего этого возраста, но страдающего психическим расстройством или отстающего в психическом развитии, следователем, дознавателем и судом обязательно обеспечивается участие педагога или психолога. Психическое расстройство у несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого или подсудимого, достигшего 16-летнего возраста, должно быть подтверждено медицинскими документами или заключением судебно-психиатрической экспертизы. Факт отставания в психическом развитии устанавливается на основании заключения эксперта-психолога.

4. Удаление несовершеннолетнего подсудимого из зала судебного заседания

По ходатайству какой-либо из сторон либо по собственной инициативе суд может удалить несовершеннолетнего подсудимого из зала судебного заседания на время исследования обстоятельств, которые могут оказать на него отрицательное воздействие (ст. 429). Этими обстоятельствами могут быть, например: факты аморального поведения родителей несовершеннолетнего; эпизоды преступления, связанные с развратными действиями, жестокостью, особым цинизмом; обстоятельства, указывающие на каналы приобретения наркотических средств, порнографической продукции, а также допрос взрослых подсудимых и иных лиц, если есть основания опасаться, что они при этом могут оказать на несовершеннолетнего отрицательное внушающее воздействие. Решение суда об удалении несовершеннолетнего подсудимого из зала судебного заседания имеет форму постановления (определения) и принимается после заслушивания мнения сторон.

По окончании исследования указанных обстоятельств председательствующий распоряжается о возвращении несовершеннолетнего подсудимого в зал судебного заседания и сообщает ему в необходимом объеме и доступной для его понимания форме содержание происшедшего в его отсутствие судебного разбирательства. При этом несовершеннолетнему подсудимому должна быть предоставлена возможность задать вопросы лицам, допрошенным в его отсутствие.

5. Вопросы, разрешаемые судом при постановлении приговора в отношении несовершеннолетнего

При постановлении приговора в отношении несовершеннолетнего подсудимого суд наряду с вопросами, обычно разрешаемыми им при постановлении приговора (ст. 299 УПК), обязан рассмотреть также вопросы о возможности освобождения несовершеннолетнего подсудимого от наказания с применением: а) принудительных мер воспитательного воздействия, либо б) помещением его в специализированное учреждение для несовершеннолетних, либо в) условного осуждения, либо г) назначения ему наказания, не связанного с лишением свободы (ст. 430 УПК). При решении вопроса о назначении наказания несовершеннолетним суду следует обсуждать, прежде всего, возможность применения к ним наказания, не связанного с лишением свободы. Суд вправе принять решение о назначении несовершеннолетнему наказания в виде лишения свободы лишь тогда, когда исправление его невозможно без изоляции от общества, обязательно мотивировав в приговоре принятое решение.

§ 5. ОСОБЕННОСТИ РЕШЕНИЙ, ПРИНИМАЕМЫХ ПО ДЕЛАМ О ПРЕСТУПЛЕНИЯХ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

Наряду с обычными решениями (приговор, прекращение уголовного дела по общим основаниям) в отношении несовершеннолетнего обвиняемого и подсудимого могут быть приняты следующие специфические решения:

— отказ в возбуждении уголовного дела возможен по специальному основанию — прекращению уголовного преследования в связи с недостижением возраста уголовной ответственности (как разновидности отсутствия состава преступления);

— прекращение уголовного преследования или уголовного дела с применением принудительной меры воспитательного воздействия (ст. 427, 431 УПК);

— обвинительный приговор с освобождением несовершеннолетнего подсудимого от наказания с применением принудительных мер воспитательного воздействия или направлением в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа органа управления образованием (ст. 432 УПК).

Прекращение уголовного преследования или уголовного дела с применением принудительной меры воспитательного воздействия может иметь место, если в ходе предварительного расследования уголовного дела о преступлении небольшой или средней тяжести будет установлено, что исправление несовершеннолетнего обвиняемого может быть достигнуто без применения наказания. В этом случае прокурор, а также следователь с согласия руководителя следственного органа или дознавателя с согласия прокурора, вправе вынести постановление о прекращении уголовного преследования и возбуждении перед судом ходатайства о применении к несовершеннолетнему обвиняемому принудительной меры воспитательного воздействия, которое вместе с уголовным делом направляется прокурором в суд. Обязательным условием для принятия данного решения является отсутствие возражения несовершеннолетнего обвиняемого или его законного представителя против прекращения уголовного преследования по данному, *нереабилитирующему* основанию. Суд рассматривает это ходатайство в порядке, предусмотренном для рассмотрения ходатайства об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу (ч. 4, 6, 8, 10, 11 ст. 108).

Кроме того, суд вправе принять такое же решение, получив уголовное дело с обвинительным заключением или обвинительным актом (ч. 3 ст. 427, ст. 431). В таких случаях судом по ходатайству стороны или по собственной инициативе при наличии оснований для прекращения уголовного дела проводится предварительное слушание.

Суд вправе прекратить уголовное дело в отношении такого несовершеннолетнего и в стадии судебного разбирательства, применив к нему принудительную меру воспитательного воздействия.

Принудительные меры воспитательного воздействия, которые могут быть применены судом к несовершеннолетнему обвиняемому или подсудимому *при прекращении уголовного дела*, включают в себя: а) предупреждение; б) передачу под надзор родителей или лиц, их заменяющих, либо специализированного государственного органа; в) возложение обязанности загладить причиненный вред; г) ограничение досуга и установление особых требований к поведению несовершеннолетнего (ч. 2 ст. 90 УК РФ). Несовершеннолетнему может быть назначено одновременно несколько принудительных мер воспитательного воздействия, например предупреждение и передача под надзор родителей, возложение обязанности загладить причиненный вред и ограничение досуга.

В случае систематического неисполнения несовершеннолетним требований, предусмотренных принудительной мерой воспитательного воздействия, суд по ходатайству специализированного учреждения для несовершеннолетних вправе отменить постановление о прекращении уголовного преследования и применении принудительной меры воспитательного воздействия и направить материалы уголовного дела руководителю следственного органа или начальнику органа дознания для продолжения предварительного расследования в общем порядке.

При передаче несовершеннолетнего под надзор родителей или лиц, их заменяющих, суд должен убедиться в том, что указанные лица имеют положительное влияние на подростка, правильно оценивают содеянное им, могут обеспечить надлежащее поведение и повседневный контроль над несовершеннолетним. Для этого необходимо истребовать характеризующий материал, проверить условия жизни родителей или лиц, их заменяющих, возможность материального обеспечения подростка и т.д. Несмотря на то что закон прямо не требует согласия родителей или лиц, их заменяющих, на передачу им несовершеннолетнего под надзор, по общему смыслу закона такое согласие судом должно быть получено.

Принудительные меры воспитательного воздействия, предусмотренные ст. 90 УК РФ, могут быть применены судом не только в качестве освобождения подсудимого от уголовной ответственности с прекращением уголовного дела в порядке ст. 431 УПК, но и взамен наказания путем вынесения *обвинительного приговора с освобождением несовершеннолетнего подсудимого от наказания* (ч. 1 ст. 432 УПК).

Помимо принудительных мер воспитательного воздействия в арсенале суда имеются и более строгие меры воздействия, которые могут быть применены к несовершеннолетнему, признанному виновным в совершении преступления средней тяжести или тяжкого преступления (за исключением преступлений, указанных в ч. 5 ст. 92 УК РФ). Это помещение несовершеннолетнего в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа органа управления образованием (ч. 2 ст. 432 УПК). Признав необходимым применение такой меры, суд постановляет обвинительный приговор, которым освобождает несовершеннолетнего осужденного от наказания и направляет его в указанное учреждение на срок до наступления совершеннолетия, но не более 3 лет (ч. 2—4 ст. 432 УПК).

ГЛАВА 34. ОСОБЫЙ ПОРЯДОК СУДОПРОИЗВОДСТВА О ПРИМЕНЕНИИ ПРИНУДИТЕЛЬНЫХ МЕР МЕДИЦИНСКОГО ХАРАКТЕРА

§ 1. ПОНЯТИЕ И ОСНОВАНИЯ ПРОИЗВОДСТВА О ПРИМЕНЕНИИ ПРИНУДИТЕЛЬНЫХ МЕР МЕДИЦИНСКОГО ХАРАКТЕРА

Для признания лица виновным в совершении преступления и привлечения его к уголовной ответственности одним из обязательных условий является его вменяемость. Лицо считается вменяемым тогда, когда в момент совершения запрещенного уголовным законом деяния оно осознавало фактический характер и общественную опасность своего деяния и могло руководить своими поступками. Если вследствие хронической душевной болезни, временного расстройства душевной деятельности, слабоумия или иного болезненного состояния психики это условие не соблюдено, лицо признается невменяемым и не подлежит уголовной ответственности (ст. 21 УК РФ). Кроме того, было бы негуманным признавать виновными в совершении преступления тех лиц, у которых уже после совершения преступления наступило психическое расстройство — до тех пор пока их болезненное состояние делает невозможным назначение и исполнение в отношении них наказания. По выздоровлении они могут быть подвергнуты наказанию, если не истекли сроки давности привлечения к уголовной ответственности или не наступили другие основания, освобождающие от уголовной ответственности и наказания.

К указанным категориям лиц применяются принудительные меры медицинского характера (принудительное лечение в психиатрическом стационаре общего типа и принудительное лечение в психиатрическом стационаре специализированного типа с интенсивным наблюдением).

Принудительные меры медицинского характера могут назначаться в уголовно-процессуальном порядке лишь тогда, когда психическое расстройство лица связано с опасностью для него или других лиц либо возможностью причинения им иного существенного вреда (ч. 1, 2 ст. 433 УПК).

Следует иметь в виду, что особый порядок судопроизводства не применяется к лицам, нуждающимся в лечении психических расстройств, не исключаяющих вменяемости. В этом случае принудительные меры медицинского характера применяются при постановлении приговора и исполняются в порядке, предусмотренном уголовно-исполнительным законодательством.

На основании ст. 100 УК РФ судом в порядке производства о применении принудительных мер медицинского характера (гл. 51 УПК) может быть назначено также амбулаторное принудительное наблюдение и лечение у психиатра лицам, совершившим деяния, предусмотренные уголовным законом, в состоянии невменяемости, либо у которых после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение или исполнение наказания, если лицо по своему психическому состоянию не нуждается в помещении в психиатрический стационар.

Принудительные меры медицинского характера к душевнобольным могут быть применены только судом. Это положение распространяется и на случаи, когда необ-

ходимость применения принудительных мер медицинского характера обнаруживается в процессе предварительного расследования. Закон не предоставляет органам предварительного расследования права самостоятельно решать вопрос о применении принудительных мер медицинского характера.

Производство о применении принудительных мер медицинского характера ведется в общем порядке, установленном уголовно-процессуальным законом, однако с соблюдением ряда особенностей и дополнительных гарантий законных интересов лиц, страдающих болезненным состоянием психики.

§ 2. ОСОБЕННОСТИ СОСТАВА УЧАСТНИКОВ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛАМ О ПРИМЕНЕНИИ ПРИНУДИТЕЛЬНЫХ МЕР МЕДИЦИНСКОГО ХАРАКТЕРА

В отношении лица, совершившего запрещенное уголовным законом деяние в состоянии невменяемости, или лица, у которого после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания или его исполнение, обязательно проведение *предварительного следствия*. Оно может проводиться всеми категориями следователей, указанными в ст. 151 УПК.

Лица, в отношении которых осуществляется производство о применении принудительных мер медицинского характера, вправе лично знакомиться с материалами уголовного дела, участвовать в судебном заседании при его рассмотрении, заявлять ходатайства, инициировать рассмотрение вопроса об изменении и прекращении применения указанных мер и обжаловать, в том числе в кассационном порядке, принятые по делу процессуальные решения¹. К участию в уголовном деле о применении принудительной меры медицинского характера по постановлению следователя либо суда привлекается *законный представитель* лица, в отношении которого ведется производство. Законными представителями лица, в отношении которого рассматривается вопрос о применении принудительных мер медицинского характера, могут быть признаны близкие родственники, а также усыновители, опекуны, попечители, представители учреждений и организаций, на попечении которых данное лицо находится, а при их отсутствии — орган опеки и попечительства.

По делам данной категории обязательно участие *защитника* — с момента вынесения постановления о назначении в отношении лица судебно-психиатрической экспертизы, если защитник ранее не участвовал в данном уголовном деле (п. 3 ч. 1 ст. 51, ст. 438). Отказ от участия защитника ни при каких условиях не может быть принят органом предварительного расследования и судом, однако возможны отвод и замена конкретного защитника по инициативе законного представителя лица, в отношении которого ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера.

Поскольку при возникновении сомнений по поводу вменяемости или способности лица самостоятельно защищать свои права и законные интересы в уголовном судопроизводстве

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 20.11.2007 № 13-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 402, 433, 437, 438, 439, 441, 444 и 445 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.Г. Абламского, О.Б. Лобашовой и В.К. Матвеева» // Российская газета. 28.11.2007 г.

производстве обязательно проведение судебно-психиатрической экспертизы (п. 3 ст. 196), обычными участниками производства по этим делам являются *эксперты* (ввиду, как правило, комиссионного порядка ее проведения). Производство судебно-психиатрических экспертиз допускается только в государственных судебно-экспертных учреждениях, относящихся к ведению федерального органа исполнительной власти (ч. 5 ст. 11 Федерального закона от 31.05.2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации»).

§ 3. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ПОДЛЕЖАЩИЕ ДОКАЗЫВАНИЮ ПО ДЕЛАМ О ПРИМЕНЕНИИ ПРИНУДИТЕЛЬНЫХ МЕР МЕДИЦИНСКОГО ХАРАКТЕРА

Предмет доказывания по делам о применении принудительных мер медицинского характера имеет определенные особенности, учитывающие, что вопрос об уголовной ответственности лица, в отношении которого ведется производство, здесь не ставится. Поэтому не устанавливаются некоторые обстоятельства, входящие в обычный предмет доказывания (ст. 73 УПК), а именно: виновность такого лица, обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание. Закон формулирует обстоятельства, подлежащие доказыванию, без использования такого понятия, как преступление, ибо запрещенное уголовным законом общественно опасное деяние может быть совершено лицом и в состоянии невменяемости.

Согласно ст. 434 в особом производстве данного вида подлежат доказыванию следующие обстоятельства:

- время, место, способ и другие обстоятельства совершенного деяния;
- совершено ли деяние, запрещенное уголовным законом, данным лицом;
- характер и размер вреда, причиненного деянием;
- наличие у данного лица психических расстройств в прошлом, степень и характер психического расстройства в момент совершения деяния, запрещенного уголовным законом, или во время производства по уголовному делу;
- связано ли психическое расстройство лица с опасностью для него или других лиц либо возможностью причинения им иного существенного вреда.

Кроме того, к числу обстоятельств, подлежащих обязательному исследованию по делам рассматриваемой категории, относится вопрос о том, могло ли и в какой мере лицо, в отношении которого ведется производство о применении принудительных мер медицинского характера, осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) и руководить ими, что имеет непосредственное значение для установления вменяемости или невменяемости, а также решения вопроса об уголовной ответственности лица с психическим расстройством, не исключаящем вменяемости (ст. 22 УК РФ). Установление состояния вменяемости или невменяемости субъекта требует исследования клинической динамики психического расстройства, выявления его глубины и тяжести. Поэтому следует прежде всего собирать сведения о личности субъекта и его поведении во время совершения деяния. Необходимы также данные о наличии или отсутствии у него в прошлом психических расстройств; о пребывании в психиатрических лечебницах; о нахождении на учете в психоневрологическом диспансере и амбулаторном лечении; о наличии близких род-

ственников, которые страдали или страдают в настоящее время какими-либо психическими расстройствами.

Обстоятельством, подлежащим доказыванию по этой категории дел, является также вопрос о необходимости назначения лицу тех или иных видов принудительно-го лечения, которые предусмотрены ст. 99 УК РФ.

К обстоятельствам, подлежащим доказыванию по делам о применении принудительных мер медицинского характера, принадлежит и вопрос о возможности лица, совершившего общественно опасное деяние в состоянии невменяемости или заболевшего душевным расстройством после совершения преступления, правильно воспринимать, запоминать и воспроизводить обстоятельства дела и участвовать в проведении следственных действий. По смыслу закона, при положительном ответе на данный вопрос не исключается, что такое лицо может участвовать в проводимых следственных действиях и в разбирательстве уголовного дела. Ответ на данный вопрос требует проведения судебно-психиатрической либо психолого-психиатрической экспертизы. Если будет признано, что в силу психического состояния производство следственных действий с участием лица, в отношении которого ведется особое производство, невозможно, следователь должен отразить это в протоколе, объявив его защитнику и законному представителю. В этом случае данное лицо не должно принимать участие и в судебном разбирательстве.

При рассмотрении дел о лицах, в отношении которых решается вопрос о применении принудительных мер медицинского характера, необходимо также устанавливать обстоятельства, способствовавшие совершению общественно опасного деяния, и принимать меры к их устранению.

§ 4. ОСОБЕННОСТИ ПРОЦЕДУРЫ ПО ДЕЛАМ О ПРИМЕНЕНИИ ПРИНУДИТЕЛЬНЫХ МЕР МЕДИЦИНСКОГО ХАРАКТЕРА

К процедурным особенностям производства по делам о применении принудительных мер медицинского характера относятся: а) обязательность проведения предварительного следствия; б) обязательное производство судебно-психиатрической экспертизы и помещение лица, в отношении которого оно ведется, в психиатрический стационар; в) выделение уголовного дела; г) особенности окончания предварительного следствия; д) особенности назначения судебного заседания и судебного разбирательства.

1. Обязательность проведения предварительного следствия

Производство предварительного следствия по делам о применении принудительных мер медицинского характера обязательно (ч. 1 ст. 434 УПК). То есть в силу персонального признака (невменяемые и лица, у которых после совершения преступления наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания или его исполнение) имеет место изъятие из родовой (предметной) подследственности органов дознания в пользу органов предварительного следствия. При этом предварительное следствие может производиться следователями любого органа (Следственного комитета при прокуратуре РФ, органов Фе-

деральной службы безопасности, органов внутренних дел и т.д.) с учетом его предметной подследственности. Если запрещенное уголовным законом деяние по предметному признаку отнесено законом к подследственности органов дознания (ч. 3 ст. 150, ч. 3 ст. 151), то предварительное следствие по признаку *персональному* производится следователями того же самого ведомства, в составе которого действует соответствующий орган дознания. Сложнее решается вопрос о проведении по делам рассматриваемой категории предварительного следствия вместо дознания, когда ведомство располагает лишь органами дознания, но не имеет в своем составе органов предварительного следствия (служба судебных приставов, таможенные органы, органы государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы). Представляется, что в этих случаях предварительное следствие по делам о применении принудительных мер медицинского характера должны производить по письменному указанию прокурора следователи (п. 11, 12 ч. 2 ст. 37).

2. Обязательное производство судебно-психиатрической экспертизы

При возникновении у следователя или суда сомнений по поводу вменяемости или способности лица самостоятельно защищать свои права и законные интересы в уголовном судопроизводстве обязательно проведение судебно-психиатрической экспертизы (п. 3 ст. 196). Поэтому назначение и проведение такой экспертизы по делам о применении принудительных мер медицинского характера является неотъемлемой принадлежностью особого производства данного вида. Основанием для возникновения подобных сомнений, а значит, и для назначения судебно-психиатрической экспертизы могут являться: а) материалы уголовного дела, указывающие на странности в поведении лица во время совершения общественно опасного деяния либо до его совершения, либо проявившиеся уже во время производства по делу; б) пребывание лица ранее на излечении в психиатрической больнице или под наблюдением психоневрологического диспансера; в) необычный характер совершенного общественно опасного деяния (убийство с особой жестокостью, тяжкие половые преступления и т.п.).

В постановлении (определении) о назначении экспертизы наряду с изложением обстоятельств дела должны быть указаны основания для проведения экспертизы, а также сформулированы вопросы, которые должны быть решены экспертами. Для проведения судебно-психиатрической экспертизы в распоряжение экспертов предоставляются материалы уголовного дела, содержащие необходимые сведения о совершенном деянии, данные, касающиеся личности обследуемого, в том числе имеющиеся медицинские документы о его пребывании в прошлом в психиатрической больнице или под наблюдением психоневрологического диспансера, о полученных травмах головы и т.д. Большое значение имеет предоставление экспертам показаний свидетелей, отражающих поведение лица во время совершения общественно опасного деяния, а также в быту, на работе и т.д.

На разрешение экспертам обычно ставятся вопросы:

— о психическом состоянии лица в момент совершения общественно опасного деяния и на момент его судебно-психиатрического обследования;

— о его способности во время совершения деяния осознавать его фактический характер и общественную опасность, а также руководить своим поведением и мере этой способности;

— о том, нуждается ли обследуемый в применении принудительных мер медицинского характера;

— о его способности правильно воспринимать, запоминать и воспроизводить обстоятельства дела и участвовать в проведении следственных действий и др.

Вопрос о праве экспертов-психиатров давать заключение о вменяемости или невменяемости обвиняемого относится к числу дискуссионных. В подходах к его разрешению имеются две противоположные тенденции. В юридической литературе давно уже высказана точка зрения, ставящая под сомнение правомерность решения экспертами вопроса о вменяемости (невменяемости) лица¹. Основные аргументы ее приверженцев, как правило, заключаются в следующем. Вменяемость и невменяемость есть юридические понятия, поэтому, как считают они, правом установления вменяемости или невменяемости обвиняемого по уголовному делу обладают лишь следователь и суд. Эксперты-психиатры должны давать заключения лишь относительно фактических обстоятельств, а именно психического состояния лица, с позиций наличия или отсутствия у него болезненного расстройства психики, его глубины и тяжести, которые исключают способность к осознанию им фактической стороны и общественной опасности поведения и к руководству своими действиями. Однако для вывода о вменяемости или невменяемости ответов только на эти вопросы еще недостаточно, поскольку способность к осознанно волевому регулированию поведения лица следует определять не по отношению к его поведению вообще, а к конкретному, совершенному им общественно опасному деянию, всей информацией о котором обладает лишь следователь и суд. Только они на основе этой информации и заключения экспертов могут наиболее полно судить о способности лица осознавать характер содеянного и руководить в этот момент своими конкретными действиями. Противоположная позиция основана на том, что уголовно-правовое понятие невменяемости имеет и медицинское содержание, причем раскрытие его содержания дает не диагноз и не заключение о психическом заболевании, а только анализ и синтез сугубо медицинских показателей (стадия заболевания, этап и темп развития, колебания интенсивности симптомов, тенденция течения и прогноза, эффект лечения и т.д.)².

На практике выводы экспертов нередко излагаются в рекомендательной форме (например, «следует считать невменяемым») либо в виде констатации критериев невменяемости или вменяемости (например, «может понимать значение своих действий и руководить ими»), с учетом того, что решение о вменяемости (невменяемости), способности или неспособности лица отбывать наказание вправе принять орган предварительного следствия, а окончательно — только суд на основе рекомендаций экспертов. Многие эксперты-психиатры в настоящее время не используют в своих заключениях термины «вменяемость» и «невменяемость» и ограничиваются клинической и психиатрической оценкой психического состояния обследуемого лица.

Оценивая приведенные выше аргументы «за» и «против» права экспертов давать в своем заключении ответ на вопрос о вменяемости, следует заметить, что согласно

¹ См.: Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. М., 1962. С. 113, 322.

² См.: Теоретические вопросы судебной экспертизы. М., 1975. С. 152, 153.

закону экспертиза назначается не для установления вменяемости (невменяемости) непосредственно заключением экспертов, а лишь для определения *психического состояния* лица с целью дальнейшего разрешения сомнений по вопросу о вменяемости следователем и судом (п. 3 ст. 196 УПК). То есть решение вопроса о вменяемости или невменяемости лица относится к исключительной юридической компетенции следователя и суда, а к предмету экспертизы принадлежит лишь вопрос о психическом состоянии обследуемого лица. Представляется, что эксперты не вправе давать заключение о его вменяемости либо невменяемости и должны воздерживаться от использования этих терминов в заключении, поскольку это означало бы их выход за пределы своей специальной компетенции. При обнаружении у лица во время совершения деяния юридически значимого психического расстройства эксперты должны определить его глубину (тяжесть), пользуясь критериями, названными в ст. 21 и 22 УК РФ. Здесь возможны три варианта вывода экспертов.

1. Лицо страдает психическим расстройством, вследствие которого оно во время совершения деяния не могло осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими. В таком случае следователь и суд, оценивая заключение экспертов в совокупности с другими доказательствами по делу, могут сделать (или не сделать) вывод о невменяемости лица (ст. 21 УК РФ).

2. Лицо страдает психическим расстройством, вследствие которого оно во время совершения деяния не могло *в полной мере* осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими. В этом случае следователь и суд имеют возможность в дальнейшем прийти к выводу об уголовной ответственности лица при наличии у него психического расстройства, не исключающего вменяемость, ибо оно осознавало характер и опасность своего деяния, могло им руководить, хотя и не в полной мере (ст. 22 УК РФ).

3. Если же у обследуемого не было обнаружено какого-либо психического расстройства, то эксперт-психолог (при проведении комплексной психолого-психиатрической экспертизы или однородной судебно-психологической экспертизы) может констатировать наличие отклонений в психической сфере данного лица, не связанных психическим расстройством. Это имеет особое значение для освобождения от уголовной ответственности несовершеннолетнего вследствие его отставания в психическом развитии (ч. 3 ст. 20 УК РФ). При этом вывод эксперта-психолога может быть таким: у обвиняемого выявлено не связанное с психическим расстройством отставание в психическом развитии, вследствие которого он во время совершения деяния не мог в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своего деяния, действий либо руководить им (ч. 3 ст. 20 УК РФ).

Существует несколько видов экспертиз, которые проводятся по делам о применении принудительных мер медицинского характера: а) амбулаторная; б) у следователя; в) стационарная; г) в судебном заседании.

Амбулаторная судебно-психиатрическая экспертиза представляет собой однократное обследование лица судебно-психиатрическими амбулаторными комиссиями, которые состоят не менее чем из 3 врачей-психиатров; председателя, члена комиссии и докладчика. Персональный состав амбулаторной экспертной комиссии утверждается местными органами здравоохранения по представлению республиканского, краевого, областного или городского психиатра. Комиссия организуется при психиатрических учреждениях или непосредственно в следственных изоляторах. В тех

местностях, где комиссия в составе 3 психиатров не может быть создана, допускается функционирование комиссии в составе 2 психиатров, а в исключительных случаях амбулаторная экспертиза может производиться одним врачом-психиатром. Комиссия экспертов состоит из председателя, врача-докладчика и члена (членов) комиссии. Врач-докладчик предварительно изучает представленные материалы уголовного дела, обследует лицо, в отношении которого назначена экспертиза, и готовит проект заключения. Члены комиссии обсуждают и подписывают экспертное заключение и несут за его содержание личную ответственность. Если кто-либо из них не согласен с мнением остальных экспертов, он дает свое заключение отдельно. Если эксперты придут к выводу, что амбулаторного освидетельствования для ответа на поставленные перед ними вопросы недостаточно, они могут дать заключение о необходимости проведения стационарной экспертизы. По смыслу закона по делам о применении принудительных мер медицинского характера амбулаторная экспертиза должна преследовать лишь цель установления факта психического заболевания, и в случае положительного ответа на данный вопрос, как правило, должна производиться стационарная судебно-психиатрическая экспертиза (ст. 435 УПК).

Судебно-психиатрическая экспертиза у следователя, дознавателя может производиться единолично врачом-психиатром или в комиссионном составе. Разрешаемые здесь вопросы имеют сугубо предварительный характер (например, о наличии или отсутствии психического расстройства, возможности содержания в следственном изоляторе). После обследования обвиняемого или подозреваемого эксперт или комиссия экспертов дает свое окончательное заключение или указывает на необходимость в проведении дополнительной амбулаторной или стационарной судебно-психиатрической экспертизы.

Стационарная судебно-психиатрическая экспертиза проводится в специализированных судебно-психиатрических экспертных стационарах либо так называемых *иных психиатрических стационарах* — судебно-психиатрических или общих отделениях психиатрических больниц. Помещение в *иные психиатрические стационары* лиц, содержащихся под стражей, не допускается. Направление на стационарную судебно-психиатрическую экспертизу лица, как находящегося, так и не находящегося под стражей, допускается лишь по решению суда (ст. 435). В случае если в отношении обвиняемого или подозреваемого была избрана мера пресечения заключение под стражу, то при установлении у данного лица психического заболевания вынесение решения о переводе данного лица в психиатрический стационар осуществляется в порядке, установленном ст. 108 УПК. При этом постановление прокурора о возбуждении ходатайства о переводе данного лица в психиатрический стационар подлежит рассмотрению единолично судьей с участием подозреваемого или обвиняемого, прокурора, защитника в течение 8 часов с момента поступления материалов в суд. В судебном заседании вправе также участвовать законный представитель данного лица. Если же лицо не содержится под стражей, его помещение в психиатрический стационар для производства судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы производится, как указано в ст. 203, на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном ст. 165 УПК. При этом ходатайство следователя подлежит рассмотрению единолично судьей районного суда или военного суда соответствующего уровня по месту производства данного следственного действия не по-

зднее 24 часов с момента поступления ходатайства. В судебном заседании вправе участвовать прокурор и следователь, а также обвиняемый (п. 16 ч. 4 ст. 47) и его защитник (п. 5 ч. 1 ст. 53). Срок стационарного испытания не должен превышать 30 дней. В случае невозможности вынести окончательное заключение о психическом состоянии в этот срок экспертная комиссия выносит решение о необходимости продления срока испытания, копия которого направляется органу, назначившему экспертизу. Этот вид экспертизы используется в сложных случаях, когда необходимо длительное психиатрическое наблюдение, проведение экспериментально-психологических и иных исследований, получение консультаций медиков других специальностей.

Судебно-психиатрическая экспертиза в судебном заседании может производиться психиатром-экспертом единолично или комиссией из нескольких врачей-психиатров органов здравоохранения, вызываемых судом. Экспертиза в судебном заседании проводится, если сомнения во вменяемости лица впервые возникают в ходе судебного разбирательства. Такая экспертиза может также назначаться в качестве дополнительной или повторной. После ознакомления с обстоятельствами дела и личностью испытуемого в процессе судебного следствия эксперт дает заключение в письменном виде, оглашает его в судебном заседании и дает разъяснения по вопросам, заданным в связи с его заключением. В случае невозможности дать ответы на вопросы, поставленные судом, эксперт дает заключение о необходимости направления лица на стационарную экспертизу.

Ответы экспертов-психиатров на поставленные им вопросы должны быть по возможности категорическими. Если проведенное экспертное исследование не дает оснований для категорических ответов, экспертам следует сделать в своем заключении вывод, что дать требуемые ответы не представляется возможным, и рекомендовать проведение экспертизы в другом учреждении или в ином составе экспертов либо назначение экспертизы иного вида, например стационарной или комплексной.

3. Выделение уголовного дела

Если в ходе предварительного расследования по уголовному делу о преступлении, совершенном в соучастии, будет установлено, что кто-либо из соучастников совершил деяние в состоянии невменяемости или у кого-либо из соучастников психическое расстройство наступило после совершения преступления, то уголовное дело в отношении него при определенных условиях может быть выделено в отдельное производство (ст. 436 УПК). По общему правилу, в случае совершения несколькими лицами общественно опасного деяния, предусмотренного уголовным законом, суд вправе *одновременно* рассмотреть вопрос о виновности одних лиц и вынести решение о применении принудительных мер медицинского характера в отношении других, совершивших указанное деяние в состоянии невменяемости или заболевших после совершения преступления душевной болезнью. Однако если совместное рассмотрение дела в отношении всех названных лиц невозможно (в силу поведения душевнобольного лица, необходимости проведения длительной стационарной судебно-психиатрической экспертизы), материалы о применении принудительных мер медицинского характера следует выделить в отдельное производство.

4. Особенности окончания предварительного следствия

Согласно ч. 1 ст. 439 по окончании предварительного следствия по делам данной категории следователь выносит одно из следующих постановлений:

— о прекращении уголовного дела — по основаниям, предусмотренным ст. 24, 27, а также в случаях, когда характер совершенного деяния и психическое расстройство лица не связаны с опасностью для него или других лиц либо возможностью причинения им иного существенного вреда;

— о направлении уголовного дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера.

О прекращении уголовного дела или направлении его в суд следователь уведомляет законного представителя и защитника, а также потерпевшего и разъясняет им право знакомиться с материалами уголовного дела.

В случае принятия решения о направлении уголовного дела в суд для применения принудительных мер медицинского характера следователь выносит постановление, в котором должны быть указаны:

— обстоятельства, установленные по данному уголовному делу;

— основание для применения принудительной меры медицинского характера;

— доводы защитника и других лиц, оспаривающих основание для применения принудительной меры медицинского характера, если они были высказаны.

При этом защитнику и законному представителю, лицу, в отношении которого осуществляется производство о применении принудительных мер медицинского характера, направляется копия постановления о направлении уголовного дела в суд для применения принудительной меры медицинского характера. Уголовное дело с постановлением о направлении его в суд следователь передает прокурору, который должен либо утвердить постановление следователя и направить дело в суд, либо возвратить его следователю для производства дополнительного расследования, либо прекратить уголовное дело.

5. Особенности назначения судебного заседания и судебного разбирательства

Подготовка к судебному заседанию о применении принудительных мер медицинского характера может проводиться как в общем порядке, так (при наличии для этого законных оснований) и в форме предварительного слушания. Согласно п. 3 ч. 1 ст. 237 суд в ходе предварительного слушания по ходатайству стороны или по собственной инициативе возвращает уголовное дело прокурору с целью устранения препятствий для его рассмотрения судом в случаях, когда есть необходимость составления обвинительного заключения или обвинительного акта по уголовному делу, направленному в суд с постановлением о применении принудительной меры медицинского характера, и т.д. (см. об этом § 2 гл. 19 учебника).

Судебное разбирательство по делам о применении принудительных мер медицинского характера проводится по общим правилам производства в суде первой инстанции с соблюдением определенных особенностей.

Суд должен проверять доказательства, устанавливающие или опровергающие совершение лицом общественно опасного деяния, предусмотренного уголовным законом, а также другие существенные обстоятельства, имеющие значение для разрешения дела. С этой целью в судебное заседание, как и в общем порядке производства,

могут быть вызваны потерпевшие, свидетели, лицо, в отношении которого осуществляется производство о применении принудительных мер медицинского характера, его законные представители, а также эксперты и специалисты. Допускается с учетом мнения эксперта-психиатра и допрос лица, в отношении которого поставлен вопрос о применении принудительных мер медицинского характера.

§ 5. СУДЕБНЫЕ РЕШЕНИЯ, ПРИНИМАЕМЫЕ ПО РЕЗУЛЬТАТАМ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ О ПРИМЕНЕНИИ ПРИНУДИТЕЛЬНЫХ МЕР МЕДИЦИНСКОГО ХАРАКТЕРА

По делам о применении принудительных мер медицинского характера суд выносит одно из следующих решений (ст. 443 УПК):

— постановление об освобождении этого лица от уголовной ответственности или от наказания и о применении к нему принудительных мер медицинского характера;

— постановление о прекращении уголовного дела с отказом в применении принудительных мер медицинского характера. Суд обязан прекратить уголовное дело и отказать в применении принудительных мер медицинского характера не только в отношении страдающего психическим расстройством лица, не представляющего опасности по своему психическому состоянию, но и в отношении лица, которое по своему психическому состоянию хотя и представляет определенную опасность, но совершило деяние небольшой тяжести¹.

Следует иметь в виду, что при наличии общих оснований для прекращения уголовного дела, предусмотренных ст. 24—28 УПК (см. о них § 2 гл. 17 учебника), суд выносит постановление о прекращении уголовного дела независимо от наличия и характера заболевания лица. В этих случаях он также отказывает в применении принудительных мер медицинского характера. Вместе с тем при прекращении уголовного дела по этим основаниям, так же как и ввиду отсутствия опасности лица или при совершении им деяния небольшой тяжести, копия постановления суда в течение 5 суток направляется в орган здравоохранения для решения вопроса о лечении или направлении лица, нуждающегося в психиатрической помощи, в психиатрический стационар².

Прекращение дела в связи с примирением сторон (ст. 25) возможно, если законный представитель лица, в отношении которого рассматривается уголовное дело, либо лицо, в отношении которого осуществляется производство о применении принудительных мер медицинского характера, достигнет примирения с потерпевшим и загладит причиненный вред. Сложнее решается вопрос о прекращении уголовного дела в связи с деятельным раскаянием (ст. 28). На наш взгляд, оно возможно только в случае, когда действия, составляющие, согласно ст. 75 УК РФ, деятельное раскаяние (лицо добровольно явилось с повинной, способствовало раскрытию преступления, возместило причиненный ущерб или иным образом загладило вред, причиненный в резуль-

¹ Под деянием небольшой тяжести в данном случае подразумевается либо преступление, наказуемое на срок не более 2 лет лишения свободы (в случае когда у лица, совершившее такое преступление, наступило психическое расстройство, делающее невозможным назначение наказания), либо деяние, содержащее признаки, указанные в статье Особенной части УК РФ, устанавливающей ответственность на тот же срок (для лиц, признанных невменяемыми).

² В порядке, предусмотренном Законом РФ от 02.07.92 г. «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» (с изм. и доп.).

тате преступления), были выполнены лицом, у которого психическое расстройство наступило уже после их совершения, так как невозможно ставить вопрос о раскаянии лица, находящегося в этот момент в состоянии психического расстройства. Причем применение ст. 25, 28 УПК, как правило, допустимо только в случае, если до наступления психического расстройства лицом было совершено преступление лишь средней тяжести, ибо при совершении им преступления небольшой тяжести дело подлежит прекращению по упоминавшимся выше основаниям, указанным в ч. 2 ст. 443.

Признав доказанным, что лицо совершило в состоянии невменяемости общественно опасное деяние или после совершения преступления у него возникло психическое расстройство, в описательной части постановления суда должны быть изложены установленные судом обстоятельства содеянного на основании проверенных доказательств, дана юридическая оценка действиям такого лица и приведены мотивы принятого решения. В резолютивной части постановления должны содержаться указания об освобождении от уголовной ответственности или наказания и о применении конкретной принудительной меры медицинского характера либо о прекращении дела и неприменении такой меры.

В случае причинения имущественного вреда лицом, совершившим общественно опасное деяние в состоянии невменяемости или заболевшим душевной болезнью после совершения преступления, вопрос о возмещении вреда подлежит рассмотрению в порядке гражданского судопроизводства, о чем должно быть указано в постановлении.

В постановлении суда разрешается вопрос о вещественных доказательствах, а также разъясняются порядок и сроки обжалования постановления в кассационном порядке.

Суд кассационной инстанции, проверяя правильность применения принудительной меры медицинского характера, при наличии к тому оснований, может отменить либо изменить постановление суда первой инстанции, в том числе заменить вид примененной принудительной меры медицинского характера, либо прекратить уголовное дело.

§ 6. ПРЕКРАЩЕНИЕ, ИЗМЕНЕНИЕ И ПРОДЛЕНИЕ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИНУДИТЕЛЬНОЙ МЕРЫ МЕДИЦИНСКОГО ХАРАКТЕРА

Продление, изменение и прекращение применения принудительной меры медицинского характера осуществляются судом, вынесшим постановление о ее применении, или судом по месту применения этой меры по ходатайству администрации учреждения, осуществляющего принудительное лечение, а также по ходатайству лица, в отношении которого осуществляется производство о применении принудительных мер медицинского характера, его законного представителя или его защитника. Основанием для принятия решения служит заключение комиссии врачей-психиатров. Участие в судебном заседании защитника и прокурора обязательно. О назначении уголовного дела к слушанию суд извещает лицо, в отношении которого осуществляется производство о применении принудительных мер медицинского характера, его законного представителя, однако его неявка не препятствует рассмотрению уголовного дела.

Лицо, которому была назначена принудительная мера медицинского характера, подлежит освидетельствованию комиссией врачей-психиатров не реже 1 раза в 6 месяцев для решения вопроса о наличии оснований для внесения ходатайства в суд

о прекращении применения или об изменении такой меры. Освидетельствование этого лица проводится по инициативе лечащего врача, если в процессе лечения он пришел к выводу о необходимости изменения принудительной меры медицинского характера либо прекращения ее применения, а также по ходатайству самого лица, его законного представителя или близкого родственника. Ходатайство подается через администрацию учреждения, осуществляющего принудительное лечение, вне зависимости от времени последнего освидетельствования. При отсутствии оснований для прекращения применения или изменения принудительной меры медицинского характера администрация учреждения, осуществляющего принудительное лечение, представляет в суд заключение для продления принудительного лечения. Первое продление принудительного лечения может быть произведено по истечении 6 месяцев с момента начала лечения (ч. 1 ст. 445 УПК). Последующее продление принудительного лечения производится ежегодно (ч. 2 ст. 102 УК РФ).

Изменение или прекращение применения принудительной меры медицинского характера осуществляется судом в случае такого изменения психического состояния лица, при котором отпадает необходимость в применении ранее назначенной меры либо возникает необходимость в назначении иной принудительной меры медицинского характера. В случае прекращения применения принудительного лечения в психиатрическом стационаре суд может передать необходимые материалы в отношении лица, находившегося на принудительном лечении, органам здравоохранения для решения вопроса о его лечении или направлении в психоневрологическое учреждение в порядке, предусмотренном законодательством о здравоохранении.

Рассматривая вопрос об отмене или изменении принудительной меры медицинского характера, суд должен тщательно проверить обоснованность представления администрации медицинского учреждения или возбужденного ходатайства. Для этого он должен исследовать результаты проведенного лечения и условия, в которых это лицо будет находиться после отмены принудительной меры медицинского характера, а также необходимость дальнейшего медицинского наблюдения и лечения. В этих целях в судебное заседание могут быть вызваны представители медицинских учреждений, близкие родственники, законные представители.

Если медицинское заключение о прекращении, об изменении или о продлении применения принудительной меры медицинского характера вызывает сомнение, то суд по ходатайству лиц, участвующих в судебном заседании, или по собственной инициативе может назначить судебную экспертизу, истребовать дополнительные документы, а также допросить лицо, в отношении которого решается вопрос о прекращении, об изменении или о продлении применения принудительной меры медицинского характера, если это возможно по его психическому состоянию.

Если лицо, у которого после совершения преступления наступило психическое расстройство и к которому была применена принудительная мера медицинского характера, на основании заключения комиссии врачей-психиатров признано выздоровевшим, то суд по месту применения этой меры выносит в порядке разрешения вопросов при исполнении приговоров (п. 12 ст. 397) постановление о прекращении применения к данному лицу этой меры и решает вопрос о направлении руководителю следственного органа или начальнику органа дознания уголовного дела для производства предварительного расследования в общем порядке (ст. 446). Время, проведенное в психиатрическом стационаре, засчитывается в срок отбывания наказания.

**§ 1. ПОНЯТИЕ ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ
В ОТНОШЕНИИ ОТДЕЛЬНЫХ КАТЕГОРИЙ ЛИЦ**

Действие уголовно-процессуального закона по кругу лиц определяется прежде всего принципом равенства всех перед законом и судом (ст. 19 Конституции РФ). В силу данного принципа уголовно-процессуальный закон действует одинаково в отношении всех, невзирая на пол, расу, национальность, язык, происхождение, имущественное и должностное положение, место жительства, образование, отношение к религии, убеждения и другие обстоятельства. Однако действие закона по кругу лиц может базироваться не только на принципе равенства, но и на некоторых иных основаниях. Изъятия из этого принципа и соответственно различное действие уголовно-процессуального закона по кругу лиц допускаются в силу ряда публично-правовых интересов. Так, должностное положение может обуславливать в уголовном судопроизводстве *служебный иммунитет*, т.е. особые условия и порядок возбуждения уголовного дела, привлечения к уголовной ответственности и производства по делу в отношении ряда категорий должностных лиц, включающий необходимость получения разрешений определенных инстанций на проведение в отношении этих лиц всех или некоторых процессуальных действий. Служебный иммунитет не означает приобретения такими лицами личных выгод, но составляет гарантию эффективности выполнения ими важнейших государственных и общественных функций. Своим непосредственным юридическим основанием он имеет не принцип равенства граждан, а другие правовые принципы независимости судей, разделения властей и др.

Служебный иммунитет для различных категорий лиц имеет разный объем и может распространять свое действие на различные правовые отрасли. В соответствии с положениями гл. 52 УПК *ограниченный служебный иммунитет* предоставлен названным в ней лицам. Производство в отношении этих лиц представляет собой общий порядок уголовного судопроизводства с изъятиями и дополнительными процессуальными гарантиями. Это в основном должностные лица государственных органов, деятельность которых требует особых гарантий их независимости или самостоятельности, однако особый порядок производства действует и в отношении адвокатов, которые состоят в негосударственной организации.

Рассматриваемый особый порядок следует отличать от особой процедуры ведения уголовного процесса в отношении лиц, пользующихся международным (дипломатическим, консульским и т.д.) иммунитетом, который предоставлен им, в первую очередь, международным правом и в целом отличается еще большим объемом изъятий из ординарного строя судопроизводства.

Особый порядок уголовного судопроизводства, предусмотренный гл. 52 УПК, в том или ином объеме и с теми или иными различиями применяется в отношении следующих категорий лиц (ч. 1 ст. 447):

— членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы; депутатов законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Рос-

сийской Федерации; депутатов, членов выборных органов местного самоуправления, выборных должностных лиц органов местного самоуправления;

— судей Конституционного Суда РФ, судей федерального суда общей юрисдикции или федерального арбитражного суда, мировых судей и судей конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации, присяжных или арбитражных заседателей в период осуществления ими правосудия;

— Председателя Счетной палаты РФ, его заместителя и аудиторов Счетной палаты РФ;

— Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации;

— Президента Российской Федерации, прекратившего исполнение своих полномочий, а также кандидатов в Президенты Российской Федерации;

— Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ;

— следователей;

— адвокатов;

— членов избирательной комиссии, комиссии референдума с правом решающего голоса;

— зарегистрированных кандидатов в депутаты Государственной Думы, зарегистрированных кандидатов в депутаты законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации.

§ 2. ОСОБЕННОСТИ ПРОЦЕДУРЫ В ОТНОШЕНИИ ОТДЕЛЬНЫХ КАТЕГОРИЙ ЛИЦ

Особый порядок производства в отношении тех или иных категорий лиц составляют: а) особенности возбуждения уголовного дела, привлечения в качестве обвиняемого, а также изменения обвинения, которое может повлечь ухудшение положения лица; б) особый порядок задержания; в) особенности избрания меры пресечения и производства отдельных следственных действий; г) особенности направления уголовного дела в суд.

1. Особый порядок возбуждения уголовного дела, привлечения в качестве обвиняемого и поворота обвинения к худшему

Особый порядок предусмотрен в отношении определенных категорий лиц для принятия решений: а) о возбуждении уголовного дела; б) о привлечении их в качестве обвиняемых, когда уголовное дело было возбуждено в отношении других лиц либо по факту совершения деяния, содержащего признаки преступления (не в отношении какого-либо конкретного лица); в) о повороте обвинения к худшему в части квалификации преступления. Кроме того, для данной категории дел установлена особая подследственность.

Согласно п. 1—14 ч. 1 ст. 448 УПК решения о возбуждении уголовного дела против определенного лица либо о привлечении его в качестве обвиняемого (если уголовное дело было возбуждено в отношении других лиц или по факту совершения деяния) принимаются в особом порядке. Его элементами являются:

1) вынесение соответствующего решения:

а) Председателем Следственного комитета при прокуратуре РФ — против члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы, Генерального прокурора РФ,

судьи Конституционного Суда РФ, судей судов общей юрисдикции, в том числе мировых судей, Председателя Счетной палаты РФ, его заместителя и аудиторов Счетной палаты РФ, Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, а также кандидата в Президенты РФ, члена Центральной избирательной комиссии РФ с правом решающего голоса, председателя избирательной комиссии субъекта РФ (п. 1, 2, 3—8, 12 ст. 448);

б) исполняющим обязанности Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ — против Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ (п. 2.1 ст. 448),

в) руководителем следственного органа Следственного комитета при прокуратуре РФ по субъекту РФ — против депутата законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации, члена избирательной комиссии, комиссии референдума с правом решающего голоса (п. 9, 12 ч. 1 ст. 448)¹; в отношении депутата, члена выборного органа местного самоуправления, выборного должностного лица органа местного самоуправления (п. 11 ч. 1 ст. 448),

г) вышестоящим руководителем следственного органа Следственного комитета при прокуратуре РФ — против прокурора, руководителя следственного органа, следователя (п. 10 ст. 448),

д) руководителем следственного органа Следственного комитета при прокуратуре РФ по району, городу — против адвоката (п. 10 ч. 1 ст. 448);

2) предварительное получение прокурором перед принятием такого решения *заключения* о наличии в деянии соответствующего лица признаков преступления:

а) особой коллегии из трех судей Верховного Суда РФ — в отношении члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы, Генерального прокурора РФ², судьи Конституционного Суда РФ, судей Верховного Суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ, верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа, федерального арбитражного суда, окружного (флотского) военного суда (п. 1—4 ст. 448),

б) такой же коллегии областного, краевого и равного им суда, военного суда соответствующего уровня — в отношении всех иных судей судов общей юрисдикции, депутата законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ (п. 5, 9 ст. 448),

в) судьи районного суда *или гарнизонного военного суда*, действующего единолично, — в отношении следователя, адвоката, прокурора (п. 10 ч. 1 ст. 448);

3) предварительное получение согласия государственного органа власти или профессиональной корпорации, к которым, как правило, принадлежит данное лицо: Совета Федерации или Государственной Думы Федерального Собрания РФ — в отношении члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы (п. 1 ч. 1 ст. 448); Совета Федерации и Государственной Думы Федерального Собрания РФ — в отношении Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий (ч. 7 ст. 448); Конституционного Суда РФ — в отношении судьи Конституционного Суда РФ (п. 3

¹ В момент подготовки данной редакции учебника в тексте п. 12 ч. 1 ст. 448 УПК РФ в качестве субъекта возбуждения дела против члена избирательной комиссии, комиссии референдума с правом решающего голоса, по всей видимости, ошибочно назван прокурор субъекта РФ.

ст. 448); соответствующих квалификационных коллегий судей — в отношении иных судей (п. 4—5 ст. 448); Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ — в отношении зарегистрированного кандидата в депутаты Государственной Думы (п. 13 ч. 1 ст. 448); руководителя следственного органа Следственного комитета при прокуратуре РФ по субъекту РФ — в отношении зарегистрированного кандидата в депутаты законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ (п. 14 ч. 1 ст. 448);

4) производство предварительного следствия или дознания в отношении указанных лиц только следователями Следственного комитета при прокуратуре РФ (подп. «б» п. 1 ч. 2; п. 7 ч. 3 ст. 151).

Рассмотрение соответствующего представления о даче судом заключения о наличии или об отсутствии в действиях лица признаков преступления проводится в закрытом судебном заседании в срок не позднее 10 суток со дня поступления представления в суд.

Судебное заседание по рассмотрению представления производится по общим правилам, предусмотренным УПК, в том числе с ведением протокола судебного заседания¹. В судебном заседании участвует руководитель следственного органа, лицо, в отношении которого внесено представление, и его защитник, а также может принимать участие лицо, заявившее о преступлении². Рассмотрев представление руководителя следственного органа, суд дает заключение о наличии или об отсутствии в действиях лица признаков преступления либо отказывает в этом. Отсутствие заключения суда о наличии признаков преступления в действиях одного из лиц, указанных в п. 1—5, 9 и 10 ч. 1 ст. 448, является основанием для отказа в возбуждении уголовного дела или прекращения уголовного дела (п. 6 ч. 1 ст. 24).

Суд, давая заключение о наличии либо отсутствии в действиях лица признаков преступления, проверяет лишь достаточность представленных данных, указывающих на эти признаки, и правомерность его утверждения о наличии оснований для возбуждения уголовного преследования в отношении лица, и не вправе делать выводы, которые могут содержаться только в итоговом решении по уголовному делу³.

Если в ходе расследования уголовного дела встанет вопрос о необходимости *изменения квалификации деяния*, содержащейся в заключении коллегии судей, в сторону ухудшения положения лица, против которого ведется уголовное преследование, оно производится в том же порядке. Это значит, что прокурор направляет в соответствующую коллегию, состоящую из 3 судей, представление, в котором обосновывает необходимость такого изменения квалификации преступления. Однако это условие применяется для поворота обвинения к худшему лишь в отношении члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы или судьи (ч. 6 ст. 448).

Согласно принятому порядку, при необходимости получения согласия Совета Федерации или Государственной Думы на производство рассматриваемых процессуальных действий против члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы

¹ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ № 12-Дп02-13 по делу Симолкина.

² См. определения Конституционного Суда РФ от 05.11.2004 № 345-О, от 24.02.2005 № 132-О, от 14.12.2004 № 392-О.

³ См. определение Конституционного Суда РФ от 14.12.2004 № 452-О.

(а равно во всех других случаях, когда возбуждение уголовного дела или привлечение в качестве обвиняемого является прерогативой Генерального прокурора РФ, либо если испрашивается согласие Конституционного Суда РФ или Высшей квалификационной коллегии судей РФ) орган предварительного расследования направляет надзирающему прокурору соответствующее мотивированное постановление. Надзирающий прокурор, если постановление признано им обоснованным, представляет материалы прокурору субъекта Федерации или приравненному к нему прокурору с просьбой о возбуждении перед Генеральным прокурором РФ ходатайства о внесении представления. Вместе с проектом представления к ходатайству прилагаются обосновывающие его документы (протоколы следственных действий, заключения экспертов и др.). По уголовным делам и материалам, находящимся в производстве территориальных органов Министерства внутренних дел, Федеральной службы безопасности, таможенных органов и т.д., к ходатайству прилагается также заключение за подписью руководителя следственного подразделения, органа дознания федерального министерства или ведомства.

Определенные особенности имеет принятие решения о возбуждении уголовного дела (или привлечении в качестве обвиняемого, если уголовное дело было возбуждено в отношении других лиц) в отношении Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий. В течение 3 суток после вынесения этого решения Генеральный прокурор РФ должен направить в Государственную Думу представление о лишении указанного лица неприкосновенности. В случае принятия Государственной Думой решения о даче согласия на лишение неприкосновенности Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, это решение вместе с представлением Генерального прокурора РФ в течение 3 суток направляется в Совет Федерации. В срок до 3 месяцев со дня вынесения соответствующего постановления Государственной Думы решение Совета Федерации по вопросу о лишении неприкосновенности Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, должно быть принято. Об этом в трехсуточный срок извещается Генеральный прокурор РФ. Решение Государственной Думы либо решение Совета Федерации об отказе в даче согласия на лишение неприкосновенности Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, влечет за собой прекращение уголовного преследования в соответствии с п. 6 ч. 1 ст. 27 УПК.

2. Особенности задержания отдельных категорий лиц

Согласно ст. 449 УПК член Совета Федерации, депутат Государственной Думы, судья федерального суда, мировой судья, прокурор, Председатель Счетной палаты РФ, его заместитель и аудитор Счетной палаты РФ, Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации, Президент РФ, прекративший исполнение своих полномочий, задержанные по подозрению в совершении преступления, должны быть немедленно освобождены после установления их личности. Исключение из этого правила составляют лишь случаи их задержания на месте преступления.

Данная норма существенно расширяет гарантии неприкосновенности названных в ней лиц. Так, ранее в соответствии с п. «б» ч. 2 ст. 19 Федерального закона от 08.05.94 г. «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» член Совета Федерации, депутат Государственной Думы могли быть задержаны с согласия соответствующей палаты Феде-

рального Соборания Российской Федерации. В соответствии с УПК РФ запрет на их уголовно-процессуальное задержание (за исключением случаев задержания на месте преступления) является абсолютным.

3. Особенности избрания меры пресечения и производства отдельных следственных действий

Если против лица, защищенного ограниченным служебным иммунитетом, возбуждено уголовное дело или оно привлечено в качестве обвиняемого в описанном выше особом порядке, все следственные и иные процессуальные действия в отношении него в дальнейшем проводятся по общим правилам. Однако когда уголовное дело в отношении него не было возбуждено (было возбуждено не в отношении лица, а в отношении других лиц или по факту совершения деяния) или такое лицо не было привлечено в качестве обвиняемого, то процессуальные действия, которые требуют судебного разрешения (ч. 2 ст. 29), могут проводиться лишь в особом порядке, а именно с согласия соответствующего суда, указанного в ч. 1 ст. 448. При этом получение согласия Совета Федерации, Государственной Думы, Конституционного Суда РФ, Высшей квалификационной коллегии судей РФ, квалификационной коллегии судей на эти действия не требуется (ч. 5 ст. 450).

Определенное исключение сделано только для таких мер, как заключение под стражу и обыск. Так, в отношении члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы, Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации судебное решение о производстве этих процессуальных действий исполняется лишь при условии получения согласия соответственно Совета Федерации или Государственной Думы, а в отношении судьи Конституционного Суда РФ, судей иных судов — соответственно Конституционного Суда РФ или квалификационной коллегии судей. При этом решение Конституционного Суда РФ или квалификационной коллегии судей о даче согласия должно быть принято не позднее 5 суток со дня поступления к ним представления Генерального прокурора РФ и судебного решения (ч. 2—4 ст. 450).

Впрочем, необходимо учитывать, что в соответствии с ч. 3 ст. 8 Федерального закона от 3.05.2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» проведение *любых следственных действий* в отношении адвоката допускается только на основании судебного решения, причем независимо от того, производятся они в его жилище или в *служебном помещении*; было ли в отношении него *возбуждено уголовное дело* или был ли адвокат *привлечен в качестве обвиняемого* на основании *заключения судьи*. Конституционный Суд РФ, рассмотрев данный вопрос, определил, что нормы УПК РФ в их конституционно-правовом истолковании в системном единстве с положениями п. 3 ст. 8 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» не предполагают возможность производства обыска в служебном помещении адвоката или адвокатского образования без принятия об этом специального судебного решения¹.

¹ См. определение Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 № 439-О по жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав ст. 7, 29, 182 и 183 УПК РФ // СЗ РФ. 2006. № 5. Ст. 633.

4. Особенности направления уголовного дела в суд

Определенное изъятие из общего порядка направления дела в суд после окончания предварительного расследования предусмотрено законом только для уголовных дел в отношении членов Совета Федерации, депутатов Государственной Думы и судей федеральных судов. Уголовное дело в отношении данных лиц рассматривается Верховным Судом РФ, если ими до начала судебного разбирательства заявлено об этом ходатайство. Это положение не распространяется на судей конституционных (уставных) судов субъектов Федерации, мировых судей, а также присяжных заседателей.

Раздел X

МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

§ 1. ПОНЯТИЕ И ФОРМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО СОТРУДНИЧЕСТВА ПРИ ПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

Международное сотрудничество при производстве по уголовным делам *является частью* более общего международного сотрудничества государств в борьбе с преступностью. Главными причинами, диктующими необходимость такого сотрудничества, служат получившая невиданное доселе развитие интеграция стран мирового сообщества в экономической, культурной, политических областях и связанная с этим интернационализация преступности. Существуют различные международно-правовые формы сотрудничества государств в сфере борьбы с преступностью. Они могут осуществляться в рамках: а) различных международных организаций; б) прямых контактов между государствами на основе многосторонних и двусторонних соглашений.

1. Международные организации, действующие в сфере борьбы с преступностью и уголовного судопроизводства

Проблемы борьбы с преступностью являются предметом внимания Организации Объединенных Наций, которой был подготовлен ряд конвенций о преступлениях международного характера, учрежден Комитет по предупреждению и контролю над преступностью. Раз в 5 лет Комитет проводит конгрессы ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. С 1992 г. действует Комиссия ООН по предупреждению преступности и уголовному правосудию.

В сентябре 1990 г. СССР вступил в Международную организацию уголовной полиции (Интерпол) со штаб-квартирой в г. Лионе (Франция); членом Интерпола ныне является Российская Федерация. В структуре МВД России существует Национальное центральное бюро Интерпола, которое занимается учетом информации о международных преступлениях и преступниках, о незаконном обороте наркотиков и оружия, о фальшивомонетничестве, о незаконном отмывании денег и т.д. Бюро обеспечивает взаимодействие органов внутренних дел России с полицией других государств и с Генеральным Секретариатом Интерпола. Оно также является координационным центром правоохранительных органов Российской Федерации, когда это связано с выходом их деятельности на уровень международных взаимоотношений.

На основе международных договоров действуют международные суды. За последние полвека, прошедшие со времени действия Нюрнбергского и Токийского международных военных трибуналов, Совет Безопасности ООН учредил *ad hoc* два международных уголовных трибунала: Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии (1993) и Международный уголовный трибунал по Руанде (1994).

В июле 1998 г. дипломатическая конференция 120 государств одобрила Римский статут Международного уголовного суда. С 01.07.2002 г., после того как его ратифицировали 60 государств (в их числе пока нет России), договор о создании Международного уголовного суда вступил в силу. Международный уголовный суд — постоянно действующий юридический институт, призванный рассматривать уголовные дела о наиболее тяжких с точки зрения международного права преступлениях, таких, как *геноцид, преступления против человечества и военные преступления*.

Международный уголовный суд должен действовать тогда, когда суды государств, в которых было совершено преступление, не могут или не в состоянии привлечь к ответственности своих подозреваемых граждан: например, если государство не желает преследовать своих граждан, занимающих высокое должностное положение; либо если система судопроизводства государства оказалась парализованной в результате внутреннего политического конфликта. Кроме того, он может приступить к рассмотрению дела только при том условии, если соответствующее государство ратифицировало Римский статут. Но из этого правила имеются два исключения, когда: а) не участвующая в Римском статуте страна признала его компетенцию для отдельного случая; б) в суд подал заявление о рассмотрении уголовного дела Совет Безопасности ООН — в этом случае государству, в котором было совершено преступление, придется встретиться с проблемой главенства международного права перед его внутренним законодательством. Однако реальное международное значение Международный уголовный суд сможет обрести лишь тогда, когда он будет признан ведущими мировыми державами. На данный момент Китай, Индия, Пакистан, Индонезия и Турция не подписали договор о его учреждении. Израиль, Египет, Иран, Индонезия, Япония и Россия подписали его, но пока не ратифицировали Римский статут. Резко отрицательно к созданию суда относятся США.

Защитой прав, нарушенных действиями государственных органов и не нашедших должной защиты на национальном уровне, занимается Европейский Суд по правам человека, созданный в 1959 г. на основании Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в целях обеспечения уважения обязательств, вытекающих из Конвенции для государств, являющихся ее участниками или сделавших специальные заявления о признании для них в качестве обязательной юрисдикции Европейского Суда по правам человека по всем вопросам, касающимся толкования и применения Конвенции.

2. Прямое сотрудничество на основе международных соглашений

Правовой базой международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства служат двусторонние и многосторонние договоры, конвенции и соглашения. 09.03.2000 г. для России вступили в силу два важных международных договора — Конвенция о выдаче 1957 г. и Конвенция о взаимной правовой помощи по уголовным делам 1959 г. Действуют также Европейская конвенция о передаче производства по уголовным делам 1972 г., Конвенция о передаче лиц, осужденных к лишению свободы, для отбывания в государстве, гражданами которого они являются, 1978 г. Основными многосторонними договорами во взаимоотношениях России и стран СНГ в этой области являются: Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанная 22.01.93 г. в г. Минске Россией, Азербайджаном, Арменией, Беларусью, Грузией (05.02.96 г.), Казахстаном, Кыргызстаном, Молдовой, Таджикистаном, Туркменистаном, Узбекистаном, Украиной (22.09.95 г.); Конвенция о передаче осужденных к лишению свободы для дальнейшего отбывания наказания 1998 г.

Нормы, относящиеся к сотрудничеству государств по уголовным делам, содержатся также в ряде специальных конвенций, посвященных отдельным видам преступлений, например в Европейской конвенции о борьбе с терроризмом от 27.01.77 г., Конвенции о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ от 20.12.88 г. и др.

Межгосударственные или межправительственные двусторонние договоры о правовой помощи и других формах сотрудничества заключены нашей страной с Азербайджаном (1992, 1994), Албанией (1958 и 1995), Алжиром (1982), Болгарией (1975), Венгрией (1958) с Дополнительными протоколами 1958 и 1971 гг., Вьетнамом (1981), Грецией (1981), Грузией (1995, 1996), Египтом (1997), Израилем (1997), Ираком (1973), Ираном (1996), Италией (1979), Йеменом (1985), Канадой (1997), Кипром (1984), Китаем (1992 и 1995), Кореей (1957), Кубой (1984), Кыргызстаном (1992, 1996), Латвией (1993), Литвой (1992), Молдовой (1993), Монголией (1988) с Протоколом 1988 г., Польшей (1957) с Дополнительным протоколом 1957 г. и Протоколом 1980 г., Румынией (1958), Сирией (1984), США (1995), Тунисом (1984), Туркменистаном (1995), Узбекистаном (1995), Финляндией (1978, 1993), Чехословакией (1982), Эстонией (1993), Федеративной Республикой Югославией (1962) и др.

В силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ и ч. 3 ст. 1 УПК РФ международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее законодательства и имеют приоритет над нормами внутреннего законодательства.

От межгосударственных договоров об оказании правовой помощи по уголовным делам отличаются поручения, направляемые на условиях *принципа взаимности* в случаях, когда соответствующие межгосударственные договоры и соглашения отсутствуют. Принцип взаимности означает предоставление иностранному государству или иностранным гражданам определенных прав, льгот или оказание им содействия в данном государстве при условии, что аналогичные права, льготы или содействие будут предоставлены данному государству или его гражданам в соответствующем иностранном государстве. Поручения на условиях взаимности также относятся к категории международных договоров, будучи, по существу, межведомственными соглашениями, заключаемыми путем обмена договаривающимися сторонами письменными обязательствами. Принцип взаимности подтверждается письменным обязательством соответствующего федерального российского ведомства (Верховного Суда, Министерства иностранных дел, Министерства юстиции, Министерства внутренних дел, Федеральной службы безопасности, Генеральной прокуратуры) оказать от имени Российской Федерации правовую помощь иностранному государству в производстве отдельных процессуальных действий.

Видами прямого сотрудничества на основе международных соглашений являются:

- 1) международно-правовая помощь по уголовным делам;
- 2) передача производства по уголовным делам;
- 3) возбуждение уголовного преследования по просьбе иностранного государства;
- 4) экстрадиция (выдача) лица для привлечения к уголовной ответственности;
- 5) передача осужденных для отбывания наказания в государстве, гражданами которого они являются.

§ 2. МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ ПОМОЩЬ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

1. Понятие и виды правовой помощи

Правовая помощь по уголовным делам — это основанная на внутреннем законодательстве деятельность компетентных органов запрашиваемого государства по исполнению, в соответствии с условиями международного договора или на осно-

ве принципа взаимности, запросов (поручений) судебных и иных компетентных органов запрашивающего государства о производстве на территории запрашиваемого государства процессуальных действий и оперативно-розыскных мероприятий для получения доказательств по расследуемому в запрашивающем государстве уголовному делу¹. Основными критериями, отличающим правовую помощь по уголовным делам от иных форм сотрудничества в области уголовного судопроизводства, служат следующие признаки:

— правовая помощь оказывается лишь на основании просьб (запросов, поручений) компетентных органов запрашивающих государств²;

— она касается только производства отдельных процессуальных и оперативно-розыскных действий, связанных с получением доказательственной и иной информации, необходимой для производства по уголовному делу;

— запрашивающее государство частично передает свою компетенцию (полномочия) по уголовному делу другому (запрашиваемому) государству. Это выражается в допущении запрашивающим государством собирания доказательств по собственному уголовному делу органами запрашиваемого иностранного государства, а также в признании допустимыми доказательств, полученных органами иностранного государства согласно нормам законодательства этого государства³.

Согласно международным договорам и соглашениям, в которых участвует Российская Федерация, могут быть оказаны или запрошены следующие виды правовой помощи:

- 1) получение заявлений и показаний на территории иностранного государства;
- 2) получение показаний по запросу иностранного государства;
- 3) вызов лиц, находящихся на территории иностранного государства, для дачи свидетельских показаний и оказания помощи в проведении расследования и иных процессуальных действий;
- 4) вручение документов, связанных с производством по уголовным делам;
- 5) производство обысков и выемок;
- 6) производство следственных и судебных осмотров;
- 7) предоставление информации, вещественных доказательств, документов (оригиналов или заверенных копий) по уголовным делам;
- 8) установление личности и местонахождения определенных лиц;
- 9) проведение судебных экспертиз;
- 10) меры по наложению ареста на имущество, передачей имущества, полученного преступным путем;
- 11) другие виды помощи, не противоречащие национальному праву запрашиваемого государства.

Свидетель, потерпевший, эксперт, гражданский истец, гражданский ответчик и их представители, находящиеся за пределами территории Российской Федерации, в случае необходимости могут быть вызваны для участия в производстве по уголовному делу на территории Российской Федерации. Согласие указанных лиц требуется в любом случае, независимо от их гражданства и места постоянного проживания (ст. 456 УПК).

¹ См.: *Милинчук В.В.* Институт правовой помощи по уголовным делам. Действующая практика и перспективы развития. М.: Юрлитинформ, 2001. С. 19.

² См.: *Бирюков Н.П.* Нормы международного уголовно-процессуального права в правовой системе Российской Федерации. Воронеж: ВГУ, 2000. С. 79.

³ См.: *Милинчук В.В.* Указ. соч. С. 20.

В запросе указывается, в каком объеме вызываемому лицу будут возмещены расходы на проезд и проживание на территории России и выданы пособия. Согласно нормам международных договоров запрашиваемая сторона обычно должна незамедлительно сообщить запрашивающей стороне об ответе вызываемого лица. Если лицо согласно прибыть по вызову, оно может обратиться за выдачей ей аванса, который предоставляется ему через посольство или консульство запрашивающей стороны либо, по просьбе запрашивающей стороны, может быть выдан государством его пребывания. Сумма аванса указывается в запросе о вызове.

Исполнение запроса может быть произведено путем передачи повестки в порядке, установленном законодательством запрашиваемой стороны, либо в иной форме, если об этом специально просит запрашивающая сторона.

Согласно Конвенции о взаимной правовой помощи по уголовным делам 1959 г. запрос о вызове должен быть сделан с таким расчетом, чтобы повестка была передана за определенное время до наступления даты явки в судебные органы запрашивающей стороны. В противном случае в исполнении запроса о вызове может быть отказано. Согласно оговоркам и заявлениям участников Конвенции эти сроки колеблются от 30 до 50 дней. Последний срок действует, в частности, и для России.

Лицу, которое согласилось прибыть по вызову, обеспечивается личный иммунитет от уголовного, а также любого другого преследования за деяния или на основании приговоров, которые имели место до пересечения указанными лицами Государственной границы Российской Федерации. При этом согласно ч. 4 ст. 456 УПК речь идет только о привлечении в качестве обвиняемого, заключении под стражу или других ограничениях личной свободы. На основании Конвенции о взаимной правовой помощи по уголовным делам 1959 г., а также ряда двусторонних договоров России явившееся лицо не может быть привлечено к уголовной ответственности не только за деяния, совершенные им до пересечения указанными лицами Государственной границы Российской Федерации, но и за сделанные им заявления и данные показания в судебном органе запрашивающей стороны. Иногда предусматривается (например, в соглашениях с Канадой, КНДР и США), что ответственность не наступает, если только она не связана с дачей заведомо ложных показаний или проявлением неуважения к суду. Если в запросе о вызове заранее не оговаривалось, какие показания или какая иная правовая помощь требуется от данного лица, оно вправе отказаться от их предоставления.

Названной Конвенцией 1959 г., Конвенцией ООН против транснациональной организованной преступности 2000 г., а также договорами с Ираком, Канадой, КНДР, Молдовой и США предусмотрена *временная передача* лиц, содержащихся под стражей на территории иностранного государства. Согласно указанным соглашениям лицо, содержащееся под стражей в России, может быть передано запрашивающему государству лишь с его согласия. Исключение из этого правила предусмотрено договором с КНДР. Срок передачи устанавливается в специальном соглашении, которое каждый раз особо заключается сторонами.

2. Порядок направления запроса о правовой помощи

При необходимости получения на территории иностранного государства того или иного вида правовой помощи суд, прокурор, следователь вносит запрос об их производстве компетентным органом или должностным лицом иностранного государства.

Согласно ст. 454 УПК запрос о производстве процессуальных действий должен иметь письменную форму, быть подписан должностным лицом, его направляющим, заверен гербовой печатью и содержать следующие сведения:

- наименование органа, от которого исходит запрос;
- наименование и место нахождения органа, в который направляется запрос;
- наименование уголовного дела и характер запроса;
- данные о лицах, в отношении которых направляется запрос, включая данные о дате и месте их рождения, гражданстве, роде занятий, месте жительства или месте пребывания, а для юридических лиц — их наименование и место нахождение;
- изложение подлежащих выяснению обстоятельств, а также перечень запрашиваемых документов, вещественных и других доказательств;
- сведения о фактических обстоятельствах совершенного преступления, его квалификация, текст соответствующей статьи Уголовного кодекса РФ, а при необходимости также сведения о размере вреда, причиненного данным преступлением.

Помимо указанных сведений в запросе об оказании правовой помощи целесообразно сообщать:

- о его цели, характере расследования или судебного разбирательства, наименовании и компетенции органа, осуществляющего производство по делу (особенно это важно для точного выполнения запросов по делам, расследуемым следователями военной прокуратуры, ФСБ);
- необходимости использования конкретной процедуры или условия, соблюдение которых желательно для запрашивающей стороны;
- сроки, в течение которых ожидается исполнение запроса.

Указание на использование конкретной процедуры или условия, соблюдение которых желательно для запрашивающей стороны, необходимо, прежде всего, при направлении запроса в те государства, уголовно-процессуальная система которых не принадлежит к европейскому континентальному типу. Так, например, в англосаксонских странах, где действует система общего права, не предусмотрено проведение формального предварительного расследования, поэтому вне судебного разбирательства не проводится допрос свидетелей. Вместо этого сотрудниками полиции осуществляется опрос и предоставляется краткий отчет о его результатах, без подписи опрашиваемого и обычно без указания времени и места опроса. Поэтому в запросе по поручению российской стороны необходимо указать, какие реквизиты должны быть включены в исполненное поручение.

Если в запросе ставится вопрос о применении мер принуждения (обыск, выемка, наложение ареста на имущество и т.п.), которые в соответствии с порядком, действующим у запрашиваемой стороны, требуют получения в этом государстве ордера компетентного учреждения юстиции, к запросу следует прилагать документы, подтверждающие обоснованность предположения или утверждения, что соответствующие предметы находятся на территории запрашиваемого государства в определенном месте или у определенного лица. При направлении запроса о проведении обыска в страны англосаксонской правовой системы в нем, кроме того, целесообразно указывать мотивы, заставляющие полагать, что лицо, у которого требуется провести обыск, не представит необходимые предметы или документы добровольно.

К запросу обычно прилагаются заверенные и в установленных случаях санкционированные надлежащим органом юстиции постановления о производстве следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий.

Запрос обычно имеет письменную форму, однако в неотложных обстоятельствах или при допущении этого запрашиваемой стороной он может быть направлен с помощью средств электронной связи. При этом письменный оригинал высылается так скоро, как только это представится возможным. Язык составления запроса, а также прилагаемых к нему документов оговаривается в тексте договора. В ряде соглашений оговаривается также язык, на котором исполняется поручение или оформляется ответ на запрос.

Запрос направляется через следующие ведомства:

— Верховный Суд РФ — по вопросам судебной деятельности Верховного Суда РФ;

— Министерство юстиции РФ — по вопросам, связанным с судебной деятельностью всех судов, за исключением Верховного Суда РФ;

— Министерство внутренних дел РФ, Федеральную службу безопасности РФ, Федеральную службу РФ по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ — в отношении следственных действий, не требующих судебного решения или согласия прокурора;

— Генеральную прокуратуру РФ — во всех остальных случаях.

Перечисленные центральные ведомства проверяют содержание и форму запроса требованиям международного договора, направляют запрос соответствующим центральным органам запрашиваемого государства, осуществляют контроль за исполнением запроса в иностранном государстве, организуют в случае необходимости предоставление его органам необходимой дополнительной информации, согласуют условия сохранения конфиденциальности предоставляемой информации.

Вместе с тем в соответствии с п. 7 оговорок, сделанных Россией к ст. 24 названной Конвенции при ратификации Конвенции о взаимной правовой помощи по уголовным делам 1959 г., в случаях, не терпящих отлагательства, запрос (поручение) может быть направлен в упрощенном порядке — непосредственно через исполняющие запрос судебные органы, под которыми для России, в смысле данной Конвенции, понимаются лишь суды и органы прокуратуры. При этом копия запроса одновременно передается в соответствующий центральный орган (соответственно Министерство юстиции или Генеральная прокуратура РФ), который также должен быть немедленно извещен и о передаче исполненного запроса.

3. Исполнение запросов о правовой помощи

При исполнении запроса применяются нормы УПК РФ, однако могут быть применены процессуальные нормы законодательства иностранного государства, если это не противоречит законодательству и международным обязательствам Российской Федерации. В соответствии с постановлением Президиума Верховного Совета СССР от 21.06.88 № 9132-X «О мерах по выполнению международных договоров о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам» такое решение может быть принято Генеральной прокуратурой, если запрос касается действия на стадии предварительного расследования. Поскольку национальные законодательства различных государств не совпадают, процессуальные нормы законодательства иностранного государства не могут быть полностью тождественны российским процессуальным нормам. Их непротиворечие следует понимать в том смысле, что они не уклоняются от основополагающих принципов права, и в первую очередь — не находятся в конфликте с положениями Конституции РФ.

Согласно сложившейся практике отказ в оказании правовой помощи по уголовным делам может иметь место, если:

- исполнение запроса может нанести ущерб суверенитету, безопасности, общественному порядку и другим существенным интересам Российской Федерации;

- деяние, в связи с которым ведется производство по уголовному делу на территории запрашивающего государства, не является преступлением по УК РФ;

- запрос касается политического преступления или преступления, связанного с политическим;

- имеются достаточные основания полагать, что запрос об оказании правовой помощи сделан в интересах уголовного преследования, наказания или иного давления на обвиняемого в связи с его политическими убеждениями, религиозной, национальной, расовой или групповой принадлежностью;

- лицо, в отношении которого ведется производство по уголовному делу в иностранном государстве, предстало перед судом или осуждено либо оправдано в связи с тем же самым преступлением в Российской Федерации или в третьем государстве;

- в Российской Федерации или третьем государстве принято решение об отказе в возбуждении уголовного дела или прекращении уголовного преследования в связи с тем же самым преступлением;

- согласно российскому уголовному законодательству по данному делу истек срок давности уголовного преследования или исполнения приговора.

Кроме отказа в исполнении запроса о правовой помощи, может быть принято решение об отсрочке его исполнения, когда немедленное исполнение может помешать проведению предварительного расследования или судебного разбирательства в Российской Федерации.

4. Юридическая сила доказательств, полученных на территории иностранного государства

УПК РФ установлено правило о допустимости доказательств, полученных на территории иностранного государства, если они заверены и переданы в установленном международными соглашениями порядке или на основе принципа взаимности. Эти доказательства пользуются такой же юридической силой, как если бы они были получены на территории Российской Федерации в полном соответствии с требованиями российского законодательства. Представляется, что требование признания юридической силы указанных доказательств распространяется только на их допустимость. Относимость их к данному уголовному делу и достоверность определяются по общим правилам УПК РФ.

Однако иностранные доказательства обладают юридической силой лишь в случае, если они получены в соответствии с международными договорами и обязательствами Российской Федерации. Таким образом, если в процессе производства по уголовному делу выяснится, что эти доказательства были получены с нарушениями условий справедливого судебного разбирательства, предусмотренных ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.50 г. (например, лицо не было своевременно и на понятном ему языке уведомлено о предъявленном ему обвинении либо не имело достаточного времени и возможностей для подготовки своей защиты, либо возможности защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника допрашивать показывающих против него свидетелей), то такое доказательство должно быть признано недопустимым.

Для того чтобы иностранные доказательства могли практически использоваться в российском уголовном судопроизводстве, могут потребоваться определенные действия, направленные на их *процессуальную адаптацию*¹, а именно:

- перевод протоколов следственных действий и документов на русский язык или иной язык, на котором ведется судебное разбирательство;
- осмотр предметов и документов, обладающих признаками вещественных доказательств, и приобщение их к делу особым постановлением (определением).

§ 3. ПЕРЕДАЧА ПРОИЗВОДСТВА ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ (НАПРАВЛЕНИЕ МАТЕРИАЛОВ УГОЛОВНОГО ДЕЛА ДЛЯ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ)

Уголовное преследование иностранных граждан, совершивших преступления на территории Российской Федерации, но впоследствии оказавшихся за ее пределами, может быть предпринято иностранным государством на основании российского поручения о производстве уголовного преследования, если: а) по законодательству иностранного государства выдача данного лица невозможна или иностранное государство отказывает в такой выдаче; б) это предусмотрено международным договором, в котором участвуют запрашивающее и запрашиваемое государства, или может быть осуществлено на основе принципа взаимности. При этом лицо привлекается к ответственности по законодательству запрашиваемого иностранного государства.

При соблюдении названных условий материалы возбужденного и расследуемого уголовного дела передаются в Генеральную прокуратуру РФ, которая решает вопрос об их направлении в компетентные органы иностранного государства для осуществления уголовного преследования (ст. 458 УПК РФ).

Помимо названных условий, из содержания норм международного права могут быть выведены и другие, при наличии которых имеет смысл обращение к другому государству с просьбой об уголовном преследовании подозреваемого, а именно:

- он является гражданином запрашиваемого государства;
- имеет обычное место проживания в запрашиваемом государстве;
- отбывает в запрашиваемом государстве наказание в виде лишения свободы за другое преступление;
- в запрашиваемом государстве ведется производство по уголовному делу в отношении данного подозреваемого или обвиняемого за то же или иное преступление;
- он не осужден в запрашиваемом государстве за то же самое преступление или в отношении него не принято другое окончательное решение по данному обвинению (например, о прекращении уголовного преследования).

Ряд международных соглашений определяют реквизиты поручения об осуществлении уголовного преследования:

- наименование запрашивающего органа;
- описание деяния, в связи с которым направляется данное поручение, с указанием как можно более точного времени и места его совершения;

¹ Адаптация — приспособление действующих внутригосударственных норм к международным обязательствам государства без внесения каких-либо изменений в законодательство (см.: Большой юридический словарь / под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. М., 1997. С. 8).

— текстуальное содержание уголовного закона, на основании которого подозреваемое лицо должно быть привлечено к уголовной ответственности на территории запрашивающего государства, текст других норм, имеющих существенное значение для данного дела;

— фамилия, имя подозреваемого или обвиняемого, сведения о его личности, в том числе гражданстве, прошлых судимостях;

— заявления потерпевших по делам, по которым уголовное преследование возбуждается лишь по таким заявлениям, а также заявления о возмещении вреда;

— размер ущерба, причиненного преступлением;

— материалы проверки или предварительного расследования по данному делу, в том числе собранные доказательства¹.

При направлении в другое государство запроса об уголовном преследовании уголовное дело в отношении подозреваемого лица должно быть приостановлено на основании п. 3 ч. 1 ст. 208 УПК РФ (место нахождения подозреваемого или обвиняемого известно, однако реальная возможность его участия в уголовном деле отсутствует).

§ 4. УГОЛОВНОЕ ПРЕСЛЕДОВАНИЕ ПО ПРОСЬБЕ ИНОСТРАННОГО ГОСУДАРСТВА

Согласно ст. 12 УК РФ граждане Российской Федерации и постоянно проживающие в Российской Федерации лица без гражданства, совершившие преступление *вне пределов Российской Федерации*, подлежат уголовной ответственности *по российскому уголовному законодательству*, если только совершенное ими деяние признано преступлением в государстве, на территории которого оно было совершено, и если эти лица не были *осуждены* в иностранном государстве. При осуждении указанных лиц на территории России назначенное им наказание не может превышать верхнего предела санкции, предусмотренной законом иностранного государства, на территории которого было совершено преступление. Однако некоторые международные договоры предусматривают дополнительные условия привлечения к уголовной ответственности в подобных случаях. Так, согласно Минской конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (ст. 75) уголовное преследование не может быть возбуждено также и в том случае, если лицо не было осуждено в иностранном государстве, но его компетентными органами было принято иное, чем приговор, окончательное решение по делу.

Органом, компетентным рассматривать запрос иностранного государства об осуществлении уголовного преследования в отношении гражданина Российской Федерации или постоянно проживающего в Российской Федерации лица без гражданства, совершившего преступление на территории иностранного государства и возвратившегося в Российскую Федерацию, является Генеральная прокуратура РФ.

В ст. 459 УПК установлен двоякий порядок исполнения запросов об осуществлении уголовного преследования или о возбуждении уголовного дела на территории Российской Федерации.

¹ См.: Бирюков Н.П. Указ. соч. С. 101.

1. При направлении запрашивающим государством материалов дела, по которому уголовное преследование уже возбуждено компетентными органами этого государства, уголовное дело в Российской Федерации не возбуждается и расследование продолжается в соответствии с нормами УПК РФ. В этом случае решение компетентного органа запрашивающего государства о возбуждении уголовного преследования приравнивается к акту возбуждения данного уголовного дела в российском уголовном процессе.

2. Иначе решается вопрос, когда в иностранном государстве уголовное преследование в отношении российского гражданина еще не было возбуждено. В этом случае, при соблюдении названных выше условий ст. 12 УК РФ, должен быть решен вопрос о возбуждении уголовного дела по материалам, представленным запрашивающей стороной в Генеральную прокуратуру РФ. При этом просьба соответствующих органов иностранного государства об уголовном преследовании указанных лиц на территории России рассматривается как *повод к возбуждению уголовного дела*. Правоохранительные органы России не связаны требованием об уголовном преследовании данного лица и могут отказать в возбуждении уголовного дела либо, напротив, расширить в дальнейшем объем обвинения, а также дать иную юридическую оценку совершенному деянию, прекратить уголовное преследование.

§ 5. ВЫДАЧА (ЭКСТРАДИЦИЯ) ЛИЦА ДЛЯ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ ИЛИ ИСПОЛНЕНИЯ ПРИГОВОРА

1. Понятие экстрадиции

Выдача, или экстрадиция, — это передача лица, в отношении которого ведется уголовное преследование или которое осуждено за совершение преступления, государством, на территории которого оно находится, запрашивающему государству, под юрисдикцию которого подпадает это лицо, в целях привлечения последнего к уголовной ответственности или исполнения приговора, а также сопутствующие такой передаче его розыск, задержание и заключение под стражу.

2. Направление запроса о выдаче лица, находящегося на территории иностранного государства

Запрос о выдаче лица, адресованный российской стороне, направляется через Генеральную прокуратуру РФ. Запрос российской стороны о выдаче ей лица и все необходимые для этого материалы также представляются в Генеральную прокуратуру для решения вопроса о направлении запроса в компетентный орган иностранного государства, на территории которого находится данное лицо.

В запросе о выдаче должны быть указаны (ч. 4 ст. 460 УПК):

- наименование и адрес запрашивающего органа;
- полное имя лица, в отношении которого направлен запрос о выдаче, дата его рождения, данные о гражданстве, месте жительства или месте пребывания и другие данные о его личности, а также по возможности описание внешности (представление фотографии и других материалов, позволяющих идентифицировать личность);
- изложение фактических обстоятельств и правовой квалификации деяния, совершенного лицом, в отношении которого направлен запрос о выдаче, включая сведе-

ния о размере причиненного им ущерба, с приведением текста закона, предусматривающего ответственность за это деяние, и обязательным указанием санкций;

— сведения о месте и времени вынесения приговора, вступившего в законную силу, либо постановления о привлечении в качестве обвиняемого с приложением заверенных копий соответствующих документов.

К запросу о выдаче для уголовного преследования прилагается заверенная копия постановления судьи об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу. К запросу о выдаче для исполнения приговора должны быть приложены заверенная копия вступившего в законную силу приговора и справка о неотбытом сроке наказания.

Основными для России международными договорами, касающимися выдачи, являются Европейская конвенция о выдаче 1957 г., Минская конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г., а также ряд других международных договоров.

3. Пределы уголовной ответственности лица, выданного Российской Федерации

Пределы уголовной ответственности лица, выданного Российской Федерации, определяются содержанием запроса о выдаче. Лицо, выданное иностранным государством, не может быть задержано, привлечено в качестве обвиняемого, осуждено без согласия государства, его выдавшего, а также передано третьему государству за преступление, которое не указано в запросе о выдаче. Однако в соответствии со ст. 461 УПК согласия иностранного государства не требуется, если:

— выданное им лицо в течение 44 суток со дня окончания уголовного судопроизводства, отбытия наказания или освобождения от него по любому законному основанию не покинуло территорию Российской Федерации. В этот срок не засчитывается время, когда выданное лицо не могло не по своей вине покинуть территорию Российской Федерации;

— выданное лицо покинуло территорию Российской Федерации, но затем добровольно возвратилось в Российскую Федерацию.

В Конвенции о выдаче 1957 г. установлен несколько иной срок для вторичного привлечения выданного лица к ответственности за преступление, не указанное в запросе о выдаче, а именно 45 дней, если лицо не покинуло территорию Российской Федерации по окончании уголовного производства или отбытия наказания. Минская конвенция 1993 г. устанавливает в этих целях срок в один месяц.

Данные условия не распространяются на случаи, когда преступление совершено указанным в ней лицом после его выдачи.

4. Исполнение запроса о выдаче иностранного гражданина или лица без гражданства, находящихся на территории Российской Федерации

Выдача такого лица может быть произведена Российской Федерацией по запросу иностранному государству при соблюдении следующих условий:

— если уголовный закон предусматривает за совершение этих деяний наказание в виде лишения свободы на срок свыше одного года или более тяжкое наказание, когда выдача лица производится для уголовного преследования;

— если лицо, в отношении которого направлен запрос о выдаче, осуждено к лишению свободы на срок не менее 6 месяцев или к более тяжкому наказанию;

— когда иностранное государство, направившее запрос, гарантирует, что лицо, в отношении которого направлен запрос о выдаче, будет преследоваться только за преступление, которое указано в запросе, и после окончания судебного разбирательства и отбытия наказания сможет свободно покинуть территорию данного государства, а также не будет выслано, передано либо выдано третьему государству без согласия Российской Федерации.

Решения о выдаче принимаются только Генеральным прокурором РФ или его заместителем¹. О принятом решении Генеральный прокурор РФ или его заместитель письменно уведомляет лицо, в отношении которого оно принято, и разъясняет ему право на обжалование данного решения в суд. Решение о выдаче вступает в законную силу через 10 суток с момента уведомления лица, в отношении которого оно принято. В случае обжалования решения выдача не производится вплоть до вступления в законную силу судебного решения.

Решение о выдаче при наличии запросов сразу нескольких государств принимает Генеральный прокурор РФ или его заместитель. При этом должны учитываться все обстоятельства, в том числе тяжесть и место совершения преступления, даты поступления соответствующих запросов, гражданство выдаваемого лица и т.д.

Однако в выдаче лица *должно быть* обязательно отказано, если имеются следующие обстоятельства:

— лицо, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, является гражданином Российской Федерации, так как согласно ч. 1 ст. 61 Конституции РФ гражданин Российской Федерации не может быть выдан другому государству;

— лицу, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, предоставлено убежище в Российской Федерации в связи с возможностью преследований в данном государстве по признаку расы, вероисповедания, гражданства, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или по политическим убеждениям. Убежище — это право временно пребывать на территории Российской Федерации, которое может быть предоставлено иностранному гражданину или лицу без гражданства в соответствии с Законом РФ от 19.02.93 г. «О беженцах». Лицо, получившее временное убежище, не может быть возвращено против его воли на территорию государства своей гражданской принадлежности (своего прежнего места жительства);

— в отношении указанного в запросе лица на территории Российской Федерации за то же самое деяние вынесен вступивший в законную силу приговор или прекращено производство по уголовному делу;

— в соответствии с законодательством Российской Федерации уголовное дело не может быть возбуждено или приговор не может быть приведен в исполнение вследствие истечения сроков давности или по иному законному основанию;

— имеется вступившее в законную силу решение суда Российской Федерации о наличии препятствий для выдачи данного лица в соответствии с законодательством и международными договорами Российской Федерации.

¹ См. указание Генеральной прокуратуры РФ от 20.06.2002 № 32/35 «О порядке рассмотрения ходатайств иностранных государств об экстрадиции в связи с введением в действие УПК Российской Федерации».

Вместе с тем Генеральная прокуратура РФ имеет право (но не обязана) отказать в выдаче в следующих случаях:

— деяние, послужившее основанием для запроса о выдаче, не является преступлением (по российскому уголовному закону или уголовному закону запрашивающей стороны);

— деяние, в связи с которым направлен запрос о выдаче, совершено: а) на территории Российской Федерации или б) против интересов Российской Федерации за пределами ее территории. В последнем случае действует так называемая *экстерриториальная уголовная юрисдикция* России в отношении иностранных граждан и лиц без гражданства, не проживающих постоянно в Российской Федерации. Следует учитывать, что в некоторых международных конвенциях предусмотрена *универсальная уголовная юрисдикция* государств в отношении определенных составов преступлений, когда государство может привлечь к уголовной ответственности любое лицо, независимо от места совершения преступления, гражданства, направленности (или ненаправленности) против интересов данного государства. Так, в Конвенции о пресечении преступлений апартеида и наказания за него 1973 г. предусмотрено, что виновные могут передаваться компетентному суду любого государства — участника данной Конвенции, которое может приобрести юрисдикцию над личностью обвиняемых. Аналогичные положения содержатся в Европейской конвенции о борьбе с терроризмом 1977 г. Представляется, что в случае возбуждения уголовного дела о преступлении, подпадающем под универсальную юрисдикцию, российскими органами предварительного расследования и прокуратурой в выдаче подозреваемого или обвиняемого также может быть отказано;

— за то же самое деяние в Российской Федерации осуществляется уголовное преследование лица, в отношении которого направлен запрос о выдаче;

— уголовное преследование лица, в отношении которого направлен запрос о выдаче, возбуждается в порядке частного обвинения.

Если в выдаче решено отказать, то Генеральная прокуратура РФ сообщает об этом компетентным органам соответствующего иностранного государства, указывая основания такого отказа.

При получении от иностранного государства запроса о выдаче лица прокурор в целях обеспечения возможности выдачи лица решает вопрос о необходимости избрания ему меры пресечения в порядке, предусмотренном российским уголовно-процессуальным законодательством. Однако, если при этом запрашивающим государством представлено решение его судебного органа об избрании в отношении данного лица меры пресечения в виде заключения под стражу, прокурор вправе подвергнуть это лицо домашнему аресту или заключить его под стражу без подтверждения указанного решения судом Российской Федерации (ст. 466 УПК).

Международные договоры могут предусматривать не только избрание меры пресечения лицу, в отношении которого ставится вопрос о выдаче, но и его задержание. Так, согласно ст. 16 Конвенции о выдаче 1957 г. в неотложных случаях допускается временное задержание (предварительный арест) разыскиваемого лица. Запрашивающая сторона может направить просьбу о предварительном аресте по почте, телеграфу, через Интерпол или через дипломатических представителей. Если при этом запрос о выдаче в отношении данного лица еще не направлен, он должен быть представлен без промедления. Предварительный арест не может продолжаться свыше 40 дней с момента задержания, однако в случае освобождения задержанного запрашиваемая сторона принимает меры для предотвращения побега данного лица.

5. Отсрочка в выдаче лица и выдача лица на время

Может случиться так, что иностранный гражданин или лицо без гражданства, в отношении которого поступил запрос о выдаче, уже подвергается на территории Российской Федерации уголовному преследованию — или отбывает наказание *за другое преступление*. В этом случае его выдача может быть отсрочена Генеральной прокуратурой до прекращения уголовного преследования, либо освобождения судом от наказания по любому законному основанию, либо до исполнения приговора. Если же данное лицо подвергается уголовному преследованию или наказанию *за то же самое* преступление, в выдаче должно или может быть отказано в силу п. 3 ч. 1 и п. 3 ч. 2 ст. 464.

Однако отсрочка выдачи может повлечь за собой отрицательные последствия для запрашивающего государства — истечение срока давности уголовного преследования или затруднить расследование преступления. Тогда Генеральным прокурором РФ или его заместителем может быть принято решение о выдаче лица *на время*. При этом у запрашивающей стороны может быть получено обязательство соблюдать определенные условия (например, сроки возвращения данного лица для продолжения уголовного преследования или отбывания наказания на территории России; определенные меры пресечения, которые должны быть применены к этому лицу).

6. Передача выдаваемого лица и предметов

При удовлетворении требования о выдаче международно-правовое управление Генеральной прокуратуры РФ уведомляет запрашивающую сторону о принятом решении и месте и времени передачи выдаваемого лица. Поручение об организации передачи выдаваемых лиц представителям правоохранительных органов запрашивающей стороны направляется МВД России или ФСБ России.

Если данное лицо не будет принято запрашивающей стороной в течение 15 суток со дня, установленного для передачи, то оно может быть освобождено из-под стражи. Однако в случае, если иностранное государство по не зависящим от него обстоятельствам (непреодолимая сила) не может передать лицо, подлежащее выдаче, и уведомляет об этом Российскую Федерацию, дата передачи может быть перенесена. Точно так же российской стороной может быть перенесена дата передачи, если она по не зависящим от нее обстоятельствам не может передать лицо, подлежащее выдаче. Но если истекли 30 суток со дня, установленного для передачи, лицо подлежит безусловному освобождению.

При передаче выдаваемого лица компетентному органу иностранного государства могут быть также переданы предметы, являющиеся орудиями преступления, а также предметы, несущие на себе следы преступления или добытые преступным путем, могущие быть доказательствами по делу. Эти предметы передаются и тогда, когда выдача запрашиваемого лица по объективным причинам не может состояться (ввиду его смерти и т.д.).

Однако если на эти предметы заявлены права третьими лицами, то их передача производится лишь при условии, что компетентный орган иностранного государства предоставит обязательство о возврате предметов по окончании производства по уголовному делу.

Вместе с передаваемыми предметами, которые обладают признаками вещественных доказательств, могут передаваться копии протоколов следственных действий, если

таковые проводились по уголовному делу, ведущемуся на территории Российской Федерации, с описанием названных предметов и указанием на обстоятельства их получения.

7. Обжалование решения о выдаче лица в суд и проверка его законности и обоснованности

В УПК РФ предусмотрена особая процедура обжалования решения Генерального прокурора РФ или его заместителя о выдаче лицом, в отношении которого принято это решение, или его защитником. Обжалование допускается в 10-суточный срок с момента получения уведомления о принятии решения о выдаче. В случае обжалования выдача не производится вплоть до вступления в законную силу судебного решения. Прокурор в течение 10 суток направляет в суд материалы, подтверждающие законность и обоснованность решения о выдаче лица. Жалоба рассматривается областным, краевым или приравненным к ним судом, действующим в качестве суда первой инстанции, по месту нахождения данного лица. Проверка законности и обоснованности решения о выдаче лица производится в течение одного месяца со дня получения жалобы судом, в составе 3 судей, открытом судебном заседании с участием прокурора, лица, в отношении которого принято решение о выдаче, и его защитника, если он участвует в уголовном деле.

Председательствующий открывает судебное заседание, объявляет, какая жалоба подлежит рассмотрению, проверяет явку участников, разъясняет им права, обязанности и ответственность. Затем заявитель и (или) его защитник обосновывают жалобу, после чего слово предоставляется прокурору. Представляется, что бремя доказывания наличия оснований для выдачи лежит на прокуроре.

Предметом рассмотрения является законность и обоснованность решения о выдаче. При этом суду и сторонам запрещается вдаваться в обсуждение вопроса о виновности. При этом, однако, может исследоваться вопрос о наличии самого деяния, в связи с которым сделан запрос, его месте, времени и характере.

В судебном разбирательстве подлежат проверке:

- наличие или отсутствие условий для выдачи, указанных в соответствующих международных договорах, а также в ч. 3 ст. 462;
- соблюдение условий принципа взаимности (ч. 2 ст. 460);
- соблюдение требований к содержанию запроса о выдаче (ч. 4 ст. 460).

Определение суда может быть обжаловано в кассационном порядке в Судебную коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ (п. 2 ч. 3 ст. 355) в сокращенный по сравнению с обычным 7-суточный срок.

§ 6. ПЕРЕДАЧА ЛИЦА, ОСУЖДЕННОГО К ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ, ДЛЯ ОТБЫВАНИЯ НАКАЗАНИЯ В ГОСУДАРСТВЕ, ГРАЖДАНИНОМ КОТОРОГО ОНО ЯВЛЯЕТСЯ

1. Понятие и основания передачи осужденного

Передача осужденного к лишению свободы — это направление осужденного для отбывания наказания в государство, гражданином которого он является. Основанием передачи лица, осужденного судом Российской Федерации к лишению сво-

боды, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого оно является, а также для передачи гражданина Российской Федерации, осужденного судом иностранного государства к лишению свободы, для отбывания наказания в Российской Федерации является решение суда по результатам рассмотрения: а) представления федерального органа исполнительной власти, уполномоченного в области исполнения наказаний; б) обращения осужденного или его представителя; в) компетентных органов иностранного государства в соответствии с международным договором Российской Федерации либо на основе принципа взаимности.

Эти представления или обращения рассматриваются судом в порядке и в сроки, которые установлены для разрешения вопросов, связанных с исполнением приговора (ст. 396—399 УПК). Если сведения, необходимые судье для решения вопроса о передаче, недостаточны, он вправе: а) отложить его рассмотрение и запросить недостающие сведения; б) без рассмотрения направить обращение осужденного в компетентный орган Российской Федерации для сбора необходимой информации в соответствии с положениями международного договора Российской Федерации, а также для предварительного согласования вопроса о передаче осужденного с компетентным органом иностранного государства.

Передача осужденных предусмотрена также Конвенцией о передаче лиц, осужденных к лишению свободы, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого они являются, от 19.05.78 г., а также рядом двусторонних соглашений Российской Федерации (с Азербайджаном, Испанией, Кипром, КНР, Латвией, Туркменистаном, Финляндией). Передача осуществляется по взаимному согласию государств, достигаемому в каждом конкретном случае.

2. Передача иностранца, осужденного в Российской Федерации, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого он является

Передача лица, осужденного в Российской Федерации, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого оно является, допускается лишь при следующих условиях:

- наказание ему назначено в виде лишения свободы;
- приговор вступил в законную силу;
- данное лицо еще не отбыло наказание;
- имеется представление федерального органа исполнительной власти, уполномоченного в области исполнения наказаний, или обращение осужденного, его представителя, компетентных органов иностранного государства о такой передаче;
- имеется положительное решение суда о передаче.

Если просьба о передаче исходит от самого осужденного, об этом должно быть уведомлено государство, гражданином которого он является, которое запрашивается также о его согласии принять осужденного.

Время и место передачи осужденного определяются по соглашению между Генеральной прокуратурой РФ и компетентным органом заинтересованного государства.

В передаче осужденного к лишению свободы судом Российской Федерации для отбывания наказания в государстве, гражданином которого он является, может быть отказано в случаях, если имеются следующие обстоятельства (ст. 471 УПК):

- 1) ни одно из деяний, за которые лицо осуждено, не признается преступлением по законодательству государства, гражданином которого является осужденный;

2) наказание не может быть исполнено в иностранном государстве вследствие:

а) истечения срока давности или по иному основанию, предусмотренному законодательством этого государства,

б) непризнания судом или иным компетентным органом иностранного государства приговора суда Российской Федерации либо признания судом или иным компетентным органом иностранного государства приговора суда Российской Федерации без установления порядка и условий отбывания осужденным наказания на территории иностранного государства,

в) несопоставимости с условиями и порядком отбывания осужденным наказания, определенных судом или иным компетентным органом иностранного государства;

3) от осужденного или от иностранного государства не получены гарантии исполнения приговора в части гражданского иска;

4) не достигнуто согласие о передаче осужденного на условиях, предусмотренных международным договором Российской Федерации;

5) осужденный имеет постоянное место жительства в Российской Федерации.

Названные основания можно разделить на три группы (ст. 471 УПК):

— исходящие из вероятности того, что наказание, назначенное осужденному в России, не будет продолжать исполняться в иностранном государстве в соответствии с приговором и условиями международных соглашений, касающихся прав осужденных (п. 1, 2, 4);

— исходящие из вероятности того, что приговор в части возмещения материального или морального вреда не будет надлежащим образом исполнен в случае передачи (п. 3);

— исходящее из интересов осужденного, имеющего постоянное место пребывания (жительства) на территории Российской Федерации (п. 5).

Представляется, что последнее основание может быть использовано для отказа в передаче осужденного только в том случае, если просьба о передаче для отбывания наказания исходит не от него, а от иностранного государства.

3. Передача гражданина Российской Федерации, осужденного к лишению свободы судом иностранного государства, для отбывания наказания в Российской Федерации

При удовлетворении представления или обращения о передаче гражданина Российской Федерации, осужденного к лишению свободы судом иностранного государства, суд выносит одно из двух решений (ст. 472 УПК):

1) постановление об отказе в признании приговора суда иностранного государства, если:

— деяние, за которое осужден гражданин Российской Федерации, не является преступлением по законодательству Российской Федерации,

— приговор суда иностранного государства не может быть исполнен в силу истечения срока давности,

— по иному основанию, предусмотренному законодательством Российской Федерации или международным договором Российской Федерации;

2) постановление о признании и исполнении приговора суда иностранного государства. В нем указываются следующие сведения:

- наименование суда иностранного государства, дата и место постановления приговора,
- сведения о последнем месте жительства осужденного в Российской Федерации, месте его работы и роде занятий до осуждения,
- описание преступления, в совершении которого осужденный признан виновным, и уголовный закон иностранного государства, на основании которого он осужден,
- статья УК РФ, предусматривающая ответственность за преступление, совершенное осужденным,
- вид и срок назначенного основного и дополнительного наказания, отбытый срок и срок наказания, которое осужденный должен отбыть в Российской Федерации, его начало и окончание, вид исправительного учреждения, порядок возмещения вреда по гражданскому иску.

Поскольку суд, решая вопрос об исполнении приговора суда иностранного государства, подбирает российский уголовный закон, который предусматривает ответственность за преступление, совершенное осужденным, можно сделать вывод, что речь идет о применении судом уголовной ответственности к лицу, осужденному в иностранном государстве, по российскому закону. То есть суд при вынесении решения об исполнении приговора суда иностранного государства должен находить подходящие нормы российского уголовного закона, устанавливающие преступность и наказуемость деяния, признанного преступлением по уголовному закону иностранного государства. При этом может сложиться ситуация, когда предельный срок лишения свободы, предусмотренный УК РФ за данное преступление, меньше, чем назначенный по приговору суда иностранного государства. В этом случае суд определяет максимальный срок лишения свободы за совершение данного преступления, предусмотренный УК РФ. Когда лишение свободы не предусмотрено российским уголовным законом в качестве наказания за данное преступление, суд определяет наказание, наиболее близкое к наказанию, назначенному по приговору суда иностранного государства, но в пределах, установленных УК РФ для данного вида наказания.

При отмене или изменении приговора судами иностранного государства либо применении акта амнистии или помилования в иностранном государстве в отношении лица, которое после передачи отбывает наказание в России, российский суд в том же порядке вновь рассматривает вопрос об исполнении приговора после его пересмотра или решает вопрос о применении иностранных актов амнистии и помилования к осужденному, трансформируя их в соответствии с требованиями и принципами российского уголовного закона.