

Борьба или взаимодействие - основа отношений в уголовном процессе
России // Вестник КазНУ. Серия юридическая, 2012. № 5. С. 25-29.

Барабаш А.С.
д.ю.н., профессор кафедры
уголовного процесса, Юридического института,
Сибирского федерального университета

Казалось, в прошлое ушло то время, когда главным в деятельности представителей государства была борьба с преступностью, соответственно этому победа означала ликвидацию противоположной стороны – «носителя зла», в худшем для него случае, в лучшем - его изоляцию. Но нет, оказывается, она актуальна и сегодня. О борьбе, как основе взаимодействия с преступником, пишут отдельные процессуалисты¹. Как только речь в нашей стране заходит о борьбе, у нас она трансформируется из борьбы с преступностью в борьбу с преступником. Отсюда все негативные следствия: отношение к обвиняемому как к врагу, игнорирование иных версий кроме обвинительных, применение пыток для получения признания, ведь это враг. В итоге, результат такого отношения аналогичен результату «борьбы нанайских мальчиков».

Под такое отношение в прошлом веке была подведена и соответствующая философская платформа, трактовка с позиций марксистско-ленинской философии диалектического закона «единства и борьбы противоположностей». Упор в рамках данной философской системы делался на борьбу, а единство бегло проговаривалось. Так, например, В.И. Ленин писал: «Единство (совпадение, тождество, равнодействие) противоположностей условно, временно, преходяще, релятивно. Борьба взаимоисключающих противоположностей абсолютна, как абсолютно

¹ См., например: Азаров В.А. Феномен судебного контроля: заметки на полях трех диссертаций // Судебная власть в России: закон, теория и практика: Сборник статей по итогам Международной научно-практической конференции. Тюмень, 19 -20 ноября 2004 г. – М.: Издательская группа «Юрист», 2005. С. 358; Капустин А.А. Уголовно-процессуальный кодекс России и задача борьбы с преступностью // Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения (к 5-летию УПК РФ): Материалы межд. научн.-практ. конф. М., 2007. С. 44-46.

развитие, движение»². Думается, что в этой формуле акценты расставлены так из политических соображений того времени. Философское же видение мира должно быть приемлемым для любого этапа его развития. Применительно к этим категориям оно должно быть таковым: противоположности могут существовать и развиваться только в единстве. И единство нужно рассматривать не как совпадение, тождество – ведь если это произойдет, то единства противоположностей уже не будет, так как не будет самих противоположностей. Единство противоположностей будет тогда, когда сил, удерживающих единство, будет больше, чем разрывающих связи. Противоположности не могут быть взаимоисключающими, иначе они не будут противоположностями одного единства. Если мы говорим о единстве противоположностей, то это системное единство, противоположности которого являются элементами одной системы. Этот закон определяет перспективы развития одной системы. В рамках системы противоположности не являются взаимоисключающими, но в определенных моментах они являются несовпадающими. В зависимости от способа разрешения несовпадения могут сглаживаться или накапливаться. Сглаживание ведет к более тесному единению, накопление – к усилению конфронтации. И то и другое происходит в рамках взаимодействия, которое можно оценивать по-разному в зависимости от степени успешности. В том случае, когда система не может удержать противоположности в силу накопленных ими несовпадений, взаимодействие нарушается, и в ходе борьбы одна противоположность, побеждая другую, разрушает единство. В данном случае борьба – отрицание взаимодействия и единства, пункт перехода победившей противоположности в другую систему или создание своей новой.

Сказанное позволяет утверждать, что движущей силой развития единства противоположностей является их взаимодействие. Причем взаимодействие может перевести систему из одного качества в другое без особых потрясений (эволюционный путь). В том случае, когда происходит

² Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 29. С. 317.

сбой во взаимодействии, противоречия между противоположностями могут стать антагонистическими и тогда остается единственный путь их разрешения – борьба. Перефразируя В.И. Ленина, можно сказать – единство абсолютно, как абсолютно нормальное развитие, движение. Борьба условна, временна, преходяща, как отступление от нормального развития. Человеку, человеческому обществу, если они разумны, эволюционный путь должен быть более приемлем.

О разумности определенной части человечества можно судить по тексту действующего уголовно-процессуального кодекса. Ряд его статей нацеливает правоприменителя на борьбу. Пункт 45 ч.1 ст. 5 УПК определяет понятие «стороны». Базой является то, какую функцию на основе состязательности выполняют «участники»³ процесса. Последующие пункты 46 и 47 относят к той или иной стороне субъектов и участников процесса. Причем, отдельные представители стороны обвинения (прокурор, следователь, руководитель следственного органа, дознаватель) осуществляют еще и уголовное преследование в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления⁴. Установка на осуществление уголовного преследования подкрепляется содержанием ст. 21 УПК РФ. Дальнейшую конкретизацию функция обвинения и уголовного преследования находит в гл. 6 «Участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения», где формулируются обязанности органов государства по реализации этих функций.

Содержательным центром указанных выше новаций действующего уголовно-процессуального кодекса является ст. 15 в которой, как считают многие современные исследователи, закреплён принцип состязательности.

³ Это слово заковичено по одной причине: мы не можем однозначно, как это делает законодатель, определить всех, кто указан во 2-м разделе, как участников уголовного судопроизводства. Нельзя на один уровень ставить суд и понятых. Хозяевами процесса, субъектами его, являются органы государства. Все остальные – участники или участвующие.

⁴ Вряд ли есть в настоящее время какое-либо основание относить прокурора к органам, осуществляющим функцию уголовного преследования. У него, по сути, этой функции не было и раньше, но последние сомнения развеял Закон «О следственном комитете Российской Федерации». (См.: Федеральный закон от 28.12.2010 № 403-ФЗ «О следственном комитете Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 03.01.11., № 1, ст. 15).

Обратимся к комментарию УПК «отцов – основателей» кодекса. Для них принцип состязательности означает: 1) разграничение функций обвинения (уголовного преследования) и защиты и возложение этих функций на стороны обвинения и защиты; 2) отделение функции разрешения дела (правосудия) от функций обвинения и защиты; 3) процессуальное равноправие сторон⁵. К перечисленному И.Л. Петрухин добавлял «разбирательство дела путем полемики сторон перед независимым и беспристрастным судом»⁶. Что из этого состязательность, а что позволяет ей реализовываться? Из того, что приведено выше, ближе всего к правильному пониманию подошел И.Л. Петрухин, но ошибка его заключалась в том, что он спор поставил на один уровень с тем, что обеспечивает возможность его. Для возможности осуществления спора и должны быть разграничены функции сторон, от них должна быть отделена функция разрешения дела, судья - не сторона в споре, а арбитр, ну а если не будет равенства – возможен ли будет спор?

Подобное понимание состязательности как спора находит свое основание в работах зарубежных авторов, живущих в странах общего права, и в работах советских и российских ученых, опубликованных до принятия действующего кодекса.

В работах зарубежных исследователей особого различия в том, что такое состязательность, нет⁷. Это спор, спор между сторонами в судебном разбирательстве⁸. Советские и российские ученые рассматривали ее в том же ключе, а именно как «способ исследования доказательств, способ отстаивания участниками процесса своей позиции по делу, осуществления ими своих прав и обязанностей, средство для установления истины, метод ее

⁵ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. Д.Н. Козак, Е.Б. Мизулина. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 94

⁶ Петрухин И.Л. Реформа уголовного правосудия в России не завершилась // Законодательство. 2006. N 3. С. 69 - 70.

⁷ См., например: Уайнреб Ллойд Л. Отказ в правосудии. Уголовный процесс в США. М.: Юрид. лит., 1985. С.127.

⁸ Причем, добавим от себя, этот спор каждая из сторон ведет, основываясь на результатах познания ею.

отыскания»⁹. Для них весь процесс выглядит как «полемика сторон, защищающих свои законные интересы»¹⁰. Спор – сущность судебного разбирательства, на нем основаны не только судебные прения, но и все судебное разбирательство. Спор – сущность состязательности. Спор – борьба противных сторон. И если в средние века, противоборствуя, они использовали копье, меч, то сейчас – слово. «При этом суть разбирательства воспринимается всеми как вопрос о выигрыше или проигрыше дела представителями сторон, а не как вопрос о доказанности или недоказанности вины подсудимого»¹¹.

Если другая сторона мне противна, буду ли я предпринимать шаги в ее пользу? Нет, да и закон мне это запрещает, предупреждая о недопустимости возложения на один и тот же орган функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела (ч. 2 ст. 15 УПК РФ). Все это обусловлено тем, как считают отдельные авторы, что стороны имеют прямо противоположные интересы и состояние их отношений не может быть ничем иным как борьбой¹², они не исследуют доказательства совместно, цели их различны¹³. Таким образом, установка на борьбу, если смотреть на уголовный процесс с указанных выше позиций, определяет основу уголовно-процессуальной деятельности. Обвинительный подход, против которого выступали раньше, узаконен¹⁴.

Обвинительный подход существовал и до принятия действующего кодекса, но не в Законе, а на практике. На практике он имел основанием указанную выше мировоззренческую установку. Невольно эту установку подпитывало и подпитывает то, что каждый из участников процесса имеет

⁹ Макарова З. Состязательность нужна, но какая? // Законность. 1999. № 3. С. 25.

¹⁰ Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса Т. 1. Основные положения науки советского уголовного процесса. М.: Наука, 1968. С. 149.

¹¹ См.: Уайнреб Ллойд Л. Там же.

¹² См.: Кронов Е.В. О реализации принципов состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе России // Журнал Российского права, 2008. № 2 // СПС КонсультантПлюс

¹³ Мешков В.М., Соколов Ф.Н. О состязательности уголовного процесса через призму времени // Журнал российского права, 2006. № 2 // СПС КонсультантПлюс

¹⁴ Хозова Л.П., Рябцев А.А. О правах подозреваемого и обвиняемого в ходе доказывания по действующему УПК РФ // Судебная власть в России: закон, теория и практика: Сборник статей по итогам Международной научно-практической конференции. Тюмень, 19-20 ноября 2004 г. – М.: Издательская группа «Юрист», 2005. С. 481.

свою табличку, а незрелое мышление зачастую видит за табличкой содержание, которого нет. Для человека, им обладающего, понятия «обвиняемый» и «виновный» тождественны. В ряду источников такого отношения находится и одна из классификаций доказательств, предлагаемых для использования в процессе доказывания – деление доказательств на обвинительные и оправдательные. Оценив однажды доказательство как обвинительное, субъект, имеющий установку на обвинение, вряд ли сможет легко от нее отказаться. Эти факторы обуславливали и обуславливают ситуации, когда субъект доказывания проходит мимо доказательств, противоречащих его обвинительной версии, отвергает с порога ходатайства, удовлетворение которых может привести к установлению невиновности или меньшей виновности обвиняемого.

Без установок вообще обойтись нельзя, т.к. они определяют устойчивый, целенаправленный характер деятельности. Но и давать им волю над собой не следует, особенно в тех случаях, когда речь идет о творческой деятельности, а именно таковой является деятельность по выявлению обстоятельств совершенного преступления. Установки срабатывают в стандартных, ранее встречавшихся ситуациях, но могут здорово вредить при столкновении с новыми¹⁵. А ситуация расследования – это всегда столкновение с новым. Законодатель прошлого это понимал и для преодоления негативной роли установки предписывал субъекту доказывания всесторонне, полно и объективно исследовать обстоятельства дела (ст. 20 УПК РСФСР). Данный метод исследования, как может показаться на первый взгляд, ушел из кодекса, как только в нем появилась состязательность.

Складывается впечатление, что авторы, с восторгом ее принявшие, работали только с текстами тех пунктов, частей, статей и глав кодекса, которые я указал выше. Если за эти пределы не выходить – все правильно. Основа российского уголовного процесса – состязательность, основа

¹⁵ Психология. Словарь / Под общ. ред. А.В. Петровского, М.Г. Ярошевского. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Политиздат, 1990. С. 419-420.

отношений субъектов и участников – борьба. А если выйти? Открывается совсем другая картина. Для того, чтобы ее увидеть, прежде всего обратимся к целям доказывания, которые формулирует законодатель. Речь о них ведется в ст. 73 УПК и в логике состязательного процесса законодателю следовало указать, какие обстоятельства устанавливает сторона обвинения, а какие – защита. Но ничего подобного он не сделал. Более того, в ст. 74 говорится о том, кто обязан устанавливать эти обстоятельства. Это суд, прокурор, следователь, дознаватель. Именно эти органы должны устанавливать наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию, а для этого они должны, иного не дано, всесторонне, полно и объективно исследовать их. В ходе этого исследования отработать версии обвинительные и оправдательные, собрать доказательства, свидетельствующие как о виновности, так и о невиновности или о меньшей виновности, чем предполагалось. Так называемая сторона защиты ничего не должна доказывать. Предназначение защитника в другом. Он обязан в установленном кодекском порядке осуществлять защиту прав и интересов подозреваемых и обвиняемых и оказывать им юридическую помощь (ст. 48 УПК РФ). Для осуществления защиты прав и интересов нет необходимости наделять защитника обязанностями субъекта доказывания, как предлагают некоторые современные авторы¹⁶. Ведь невыполнение этой обязанности повлечет негативные последствия для обвиняемого. Главное средство защиты прав и интересов подозреваемого и обвиняемого – сомнение. Зародил сомнение защитник, не смогли его снять субъекты доказывания, оно толкуется в пользу обвиняемого. Предназначение защитником реализовано.

Обязанность доказывания лежит на органах государства. Для ее реализации только им представляется все необходимые полномочия по собиранию, проверке и оценке доказательств. Соответственно, только на них возлагается ответственность за реализацию целей доказывания, которые у органов государства едины, что уже само по себе предполагает

¹⁶ См., например: Хозова Л.П., Рябцев А.А. Указ. соч. С 483.

взаимодействие, а не конфронтацию. Подобное единение обусловлено необходимостью реализации в уголовном процессе публичного, а не частного интереса¹⁷. В процессе, основанном на публичном начале, каждый орган, как и в состязательном процессе, осуществляет свою функцию, но для следователя это не функции уголовного преследования, обвинения, а функция расследования, для суда – не функция разрешения дела, а правосудие. Именно такое обозначение функций подчеркивает общность целей этих органов, отличие в их названиях обращает наше внимание на разные условия и последствия их реализации. Односторонность не может быть присуща функции расследования, а реализовать функцию правосудия без активного участия суда в исследовании всех обстоятельств совершенного не представляется возможным. И суд и следователь осуществляют познавательную деятельность, принятие решения по ее итогам предполагает необходимость реализации всесторонности, полноты и объективности исследования при проведении предварительного расследования и судебного следствия. Прокурор как орган, осуществляющий функцию надзора в процессе¹⁸, основанном на публичном начале, не может действовать как обвинитель в состязательном процессе. Для него интересы общества и всех участников процесса должны выступать сдерживающим фактором, удерживающим против предвзятости. Все действия и решения следователя и суда должны им оцениваться с позиций законности и обоснованности. Участвуя в судебном разбирательстве, он должен прилагать все усилия к установлению обстоятельств совершенного независимо от того, какой они повлекут приговор – обвинительный или оправдательный.

В публичном процессе и у адвоката есть публичное предназначение, но нет функции. Публичное предназначение его деятельности состоит в том, чтобы препятствовать односторонности в деятельности органов государства.

¹⁷ Обоснование публичного начала российского уголовного процесса сделано автором этой статьи в кн.: Публичное начало российского уголовного процесса. – СПб: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2009.

¹⁸ Более подробно см.: Барабаш А. Прокурорский надзор за предварительным следствием: возвращение к основам // Законность, 2011. № 4. С. 9-10.

Не следует забывать, что орган это не бездушная машина, а человек со всеми его недостатками и достоинствами, существо не свободное от ошибок, заблуждений и предвзятости. Включаться адвокату в деятельность следует в тех случаях, когда односторонность субъекта доказывания может угрожать правам и законным интересам его подзащитного. Его деятельность – гарантия реализации органами государства публичности в полном объеме. Обратный результат можно получить при отказе защитнику в публичном служении. Отдельные авторы, отстаивая состязательность российского уголовного процесса, к нему и приходят, утверждая, что даже при наличии у защитника уверенности в том, что доказательства, устанавливающие виновность его подзащитного, достоверны и достаточны, он обязан, если обвиняемый отрицает свою вину «стоять на этой же позиции, независимо от обвинительных доказательств»¹⁹. Мало того, что в этом случае адвоката делают слугой клиента, он вряд ли может уже восприниматься как юрист. Во внутреннем убеждении, как результате оценки доказательств, ему отказано. Убедить же другого в том, в чем сам не уверен, можно только лишь за счет манипуляций, идя на сделку с совестью, а то и нарушая закон. Вряд ли подобное является тем, что понимает законодатель под оказанием квалифицированной правовой помощи.

Подводя итог, можно сделать вывод, что основой отношений в российском уголовном процессе является не борьба, а взаимодействие, в основе которого лежит необходимость установления обстоятельств, подлежащих доказыванию в рамках всестороннего, полного и объективного их исследования. Защитник не является противной стороной. По сути он помощник органов, но только в том случае, когда его деятельность способствует установлению органами обстоятельств, свидетельствующих о невинности или меньшей виновности его подзащитного.

¹⁹ Вишневская О.В. Состязательная деятельность защитника на предварительном следствии: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004. С. 16.

Российский уголовный процесс не может быть ареной борьбы с преступностью еще и потому, что в рамках уголовно-процессуальной деятельности нет ни преступности, ни преступника. Последний появляется тогда, когда процесс закончен, и вынесенный приговор вступил в законную силу.