

НОВЕЛЛЫ УПК РФ – НОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ!

Не снижающий своей динамики процесс обновления уголовно-процессуального законодательства в последнее время ставит исследователя в сложное положение, побуждая осмыслить многочисленные, не всегда ясные по цели и внутренне не согласованные законодательные новеллы. Можно объяснить процесс обновления законодательства стремлением законодателя откликнуться на потребности правоприменительной практики, но это не снимает вопроса о том, в какой мере этот процесс соответствует исходным принципам судопроизводства и его построению на состязательных началах (ст. 15 УПК РФ). Остановимся в связи с этим на некоторых, наиболее злободневных, на наш взгляд, вопросах: изменилась ли функция прокурора в уголовном процессе; обрел ли следователь процессуальную самостоятельность и какова его роль в состязательном процессе, остается ли неизменным представление о способах собирания следователем доказательств.

Казалось бы, не вызывает сомнения закрепленное в УПК РФ (ч. 1 ст. 37) положение о том, что прокурор – это должностное лицо, осуществляющее от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства. Исторический анализ показывает, что фактически такая функция прокурора была известна отечественному законодательству с давних времен. Так, еще Свод Законов Российской империи издания 1857 г. в разделе, содержащем «Законы о судопроизводстве», провозглашал, что прокуроры и стряпчие – это должностные лица «по званию их суть взыскатели наказания по преступлениям» (ст. 165); «Законы о судопроизводстве» требовали от прокуроров «смотреть ... чтобы не было упущения и послабления преступлениям, а наипаче – сокрытия злодеяний, и в сем случае они обязаны настоять, чтобы следствие было приведено в настоящую ясность и точность» (ст. 166). Выражаясь современным языком, эти предписания можно интерпретировать как обязанность осуществлять уголовное преследование. В более позднее время «Основные положения уголовного судопроизводства» 1862 г. определили, что власть прокурора состоит в «обнаружении преступлений и преследовании виновных». Принятый вслед за этим Устав уголовного судопроизводства 1864 г. наделил прокурора для осуществления этой обязанности весьма широкими надзорными полномочиями.

* © Шейфер С.А., 2010

Шейфер Семен Абрамович – заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики Самарского государственного университета

Однако эта функция прокурора, сохранившаяся и в последующих правовых актах, в частности и в уголовно-процессуальных кодексах РСФСР 1922 и 1923 гг. и воспроизведенная в новом УПК РФ, оказалась поставленной под сомнение изменениями, внесенными в УПК РФ федеральными законами от 5 июня 2007 г. и 2 декабря 2008 г. в связи с созданием Следственного комитета при Прокуратуре РФ и существенно реформировавшими отечественное досудебное производство. Реформа, задуманная как освобождение прокурора от руководства предварительным следствием, фактически привела к передаче вновь учрежденной процессуальной фигуре — руководителю следственного органа (далее — РСО), заменившему прежнего начальника следственного отдела, — полномочий не только по руководству следствием, таких как дача указаний, создание следственных групп и др., но и по надзору за законностью его проведения, таких как отмена незаконных и необоснованных постановлений, разрешение отводов и самоотводов, отстранение от расследования следователя, нарушившего закон, утверждение постановлений, дача согласия на заявление ходатайств перед судом, на направление дела с обвинительным заключением прокурору, рассмотрение жалоб на действия следователя. Вряд ли верно объяснять это изменение закона нераздельностью полномочий первого и второго рода и, следовательно, тем, что, используя их, РСО сможет, как и задумано, эффективно руководить расследованием. Действительно, и те, и другие полномочия призваны в конечном счете обеспечить избличение и наказание виновных лиц и ограждение от ответственности невиновных, так что с этой точки зрения названная классификация (как и любая классификация вообще) относительна. Но в то же время нельзя не видеть особого предназначения полномочий второй группы: их специфическая цель состоит в том, чтобы пресечь допущенные следователем или возможные в будущем нарушения им закона. Иной смысл имеют полномочия первой группы — сделать деятельность следователя максимально эффективной, направить ее к достижению целей расследования.

Учитывая сказанное, нельзя не признать, что в связи с изменениями закона сложилась ситуация, когда значительная часть надзорных полномочий оказалась сосредоточенной в руках РСО, прокурор же оказался лишенным возможности как возбуждать уголовное преследование, так и прекращать его. На этой основе в литературе появились утверждения, что прокурор вообще перестал быть органом уголовного преследования¹.

Полагаем, что такие утверждения никак не соответствуют исторически сложившейся обязанности прокурора «настоять, чтобы следствие было приведено в настоящую ясность и точность». К тому же нельзя не учесть, что в большинстве современных правовых систем именно прокурор был и остается лицом, призванным обнаруживать преступления

и добиваться изобличения и наказания виновных, и эта его обязанность подтверждена в ряде международно-правовых актов².

Еще одно основание для критической оценки изменения роли прокурора касается функции руководителя следственного органа. Некоторые авторы, желая отграничить ее от функции прокурора, утверждают, что руководитель следственного органа осуществляет функцию «ведомственного процессуального контроля», которая и ранее была возложена на его предшественника — начальника следственного отдела. Отрешимся от слова «ведомственный», уместного в прежние времена, когда этот участник действовал только в ведомственных следственных подразделениях, в то время как полномочия РСО приобрели теперь универсальный характер, т. к. реализуются во всех без исключения следственных аппаратах, но отметим, что в процессе, построенном на состязательной, а точнее говоря, на публично-состязательной основе, каким можно считать наш процесс, нет и не может быть функции процессуального контроля. Фактически речь идет о надзоре за следствием, неотделимом от уголовного преследования, которое и является органическим элементом состязательности. Небезынтересно отметить, что, по мнению заместителя Генерального прокурора РФ С.Г. Кехлерова, передача надзорных функций от прокуратуры руководителям Следственного комитета привела к созданию еще одной «мини-прокуратуры», что нарушает Конституцию РФ³.

В последнее время в рамках дискуссии о реформировании МВД оживились предложения о создании единого следственного комитета. Полагаем, что это перспективное предложение может быть эффективно реализовано лишь при условии устранения отмеченных неясностей и противоречий в положении прокурора, ибо без действенного прокурорского надзора невозможно действенное же уголовное преследование, а вместе с ним — действенное уголовное судопроизводство.

Возникли проблемы и с определением статуса следователя в реформированном досудебном производстве. Фактическое выведение следователей прокуратуры из прокурорской системы (при сохранении формальной принадлежности к ней), вкупе с лишением прокурора многих полномочий по руководству следствием, породило у некоторых процессуалистов мысль о том, что наконец-то следователь обрел процессуальную самостоятельность и можно даже констатировать формирование новой независимой следственной власти. Однако обладает ли ею следователь?

Термин «следственная власть», а точнее — «власть следователя», известен российскому законодательству со времен судебной реформы XIX в. Так, отделение второе раздела второго Устава Уголовного судопроизводства («О предварительном следствии») именовалось «Существо обязанностей и степень власти судебных следователей». Здесь

предусматривались обязанности судебного следователя «с полным беспристрастием приводить в известность как обстоятельства, уличающие обвиняемого, так и обстоятельства, его оправдывающие» (ст. 264 УУС); «принимать своевременные меры для собирания доказательств» (ст. 265). Будучи представителем судебной власти (членом Окружного суда), подконтрольным суду и поднадзорным прокурору, судебный следователь все же обладал самостоятельностью, и в первую очередь потому, что был отделен от власти обвинительной, принадлежавшей прокурорам, а поэтому мог, хотя и с определенными ограничениями, самостоятельно определять направление расследования так, как считал правильным. Тенденция на независимость органов предварительного следствия от обвинительной власти сохранилась и в первых уголовно-процессуальных кодексах РСФСР (УПК РСФСР 1922 и 1923 гг.).

Однако новый УПК РФ, вопреки этой тенденции, причислил следователей к обвинительной власти, признав их должностными лицами государства, осуществляющими уголовное преследование (ч. 1 ст. 21 УПК), хотя при нормативном определении их статуса (ст. 38 УПК) эту функцию не обозначил, в то время как она четко обозначена в статусе прокурора (ст. 37 УПК).

Но и в рамках обвинительной деятельности следователь хотя и наделен правом «самостоятельно направлять ход расследования» (п. 3 ч. 2 ст. 38 УПК), фактически такой возможности лишен, т. к. его власть жестко ограничена полномочиями РСО. Этот участник процесса вправе не только давать следователю указания о направлении расследования, но и отменять как незаконные и необоснованные его постановления, давать согласие на обжалование решений прокурора о возвращении дела, поступившего с обвинительным заключением (п. 10 ч. 1 ст. 39, ч. 4 ст. 221 УПК). Если раньше следователь, не согласный с возвращением ему дела прокурором, мог самостоятельно обратиться с возражениями к прокурору, то теперь для этого ему необходимо разрешение РСО. Только с согласия РСО следователь может отменить меру пресечения в виде содержания под стражей, домашнего ареста, залога, избираемых, согласно ст. 106, 107, 108 УПК, по ходатайству следователя, согласованному с РСО (ч. 3 ст. 110 УПК), в то время как ранее согласие прокурора на отмену было необходимо лишь тогда, когда меру пресечения избрал сам прокурор либо она была избрана по его указанию (ч. 3 ст. 110 УПК в прежней редакции). Да и направить прокурору дело с обвинительным заключением следователь может только с согласия РСО (ч. 6 ст. 220 УПК), в то время как раньше он принимал решение об этом самостоятельно. Все это существенным образом ограничивает самостоятельность следователя. К тому же и сохраненные законом некоторые полномочия прокурора

(отменять постановления следователя о возбуждении уголовного дела, возвращать уголовное дело на дополнительное расследование и др.) также ограничивают самостоятельность следователя.

Все вышесказанное говорит о том, что в результате новейших изменений УПК следователь не только не приобрел процессуальной самостоятельности, на что надеялись многие сторонники реформирования предварительного следствия, но оказался еще более ущемленным в этом отношении, попав под контроль двух должностных лиц, т. е. ставши «слугой двух господ». Поэтому говорить о процессуальной самостоятельности можно лишь применительно к РСО, действительно оказавшемуся во многих отношениях независимым от прокурора. Но это отнюдь не свидетельствует о появлении независимой «следственной власти», поскольку ее носителем должен был быть не начальник следователя, а сам следователь, приобретя реальную возможность самостоятельно, объективно и беспристрастно определять направление следствия. Однако этого не произошло.

В последнее время в свете обновленного законодательства в литературе наблюдаются попытки некоторых авторов по-новому определить понятие основного способа получения доказательств — следственного действия. В основе такого подхода лежит отказ от сформировавшегося в науке представления о том, что следственное действие — это способ формирования доказательств именно следователем, состоящий в восприятии, преобразовании и закреплении им информации, сохранившейся в следах, оставленных событием. Таковы суждения о том, что сама экспертиза — следственное действие, поэтому при ее проведении не следователь, а эксперт, равно как и врач при освидетельствовании, являются субъектами проведения следственного действия (Ю.К. Орлов).

С таким представлением трудно согласиться ввиду следующего:

а) сама экспертиза не может считаться следственным действием ибо представляет собой сложный познавательный комплекс, в котором познавательные действия следователя сочетаются, но не совпадают с познавательной деятельностью эксперта. Последняя, в отличие от следственного действия, проводится на основе методики, не поддающейся регламентации в процессуальном законе. К тому же трактовка эксперта как субъекта проведения следственного действия не учитывает того, что УПК однозначно запрещает эксперту самостоятельно собирать доказательства (п. 2 и 4 ст. 57 УПК), на что его фактически ориентируют сторонники такой трактовки;

б) привлекаемый к освидетельствованию в случаях, когда оно сопровождается обнажением освидетельствуемого, врач (ч. 4 ст. 179 УПК) не может считаться субъектом проведения следственного действия, ибо он хотя и осуществляет по заданию следователя обследование лица

(т. е. познавательную деятельность), но не уполномочен на составление протокола освидетельствования, в этом случае это обязанность следователя. Выполняемые при этом следователем удостоверительные операции есть неотделимый элемент следственного действия, субъектом проведения которого он остается.

Пересмотр традиционных представлений вызван и включением в систему следственных действий, предусмотренных УПК РФ, такого познавательного приема, как контроль и запись переговоров (ст. 186 УПК РФ). Однако, как это показано в работах автора настоящей статьи и в работах многих других исследователей (И.Л. Петрухин, О.Я. Баев, Е.А. Доля, Б.Т. Безлепкин, А.В. Победкин и др.), контроль и запись переговоров мало чем отличается от одного из оперативно-розыскных мероприятий – прослушивания телефонных переговоров (п. 10 ч.1 ст. 6 Закона об Оперативно-розыскной деятельности (ОРД)). Некоторые авторы, вопреки тому, что доказательственную информацию при контроле переговоров получает не следователь, а оперативный работник, которому поручено прослушивание, пытаются обосновать принадлежность контроля к следственным действиям, ссылаясь на то, что: а) ст. 186 УПК, в отличие от ст. 6 Закона об ОРД, содержит некоторые процессуальные требования (об основаниях проведения, сроках и др.); б) данный прием позволяет получить доказательства, а это, по мнению В.М. Быкова, «самый главный признак следственного действия». По этому же признаку автор причисляет к следственным действиям и наложение ареста на имущество⁴. Эти суждения также не представляются убедительными. Во-первых, невозможно найти сколь-нибудь существенных отличий между контролем и записью переговоров (ст. 186 УПК) и прослушиванием телефонных переговоров (ст. 6 Закона об ОРД) – и то и другое действие проводится негласно и непроцессуальным субъектом. Кстати, п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК позволяет следователю дать оперативным органам поручение о прослушивании, не вынося об этом постановления, как этого требует ст. 186 УПК, и в этом случае ясно, что речь идет именно об оперативно-розыском мероприятии, а не о следственном действии. Во-вторых, нельзя согласиться с общей идеей – любой познавательный прием, способный в итоге привести к получению доказательств, есть следственное действие. Следуя этому принципу, надлежит причислить к следственным действиям все оперативно-розыскные мероприятия, меры осуществления таможенного контроля и административного расследования, поскольку и они в конечном счете могут привести к получению доказательств. Между тем система следственных действий формулирует определенные требования к составляющим ее элементам, а именно: возможность получения с их помощью самостоятельного познавательного результата, соответствие их принципам уголовного процесса,

наличие эффективных гарантий прав участников и т. п., — препятствуя этим произвольному присоединению к ней любых новых познавательных приемов, которые возникают в следственной практике. Следует признать, что законодатель поторопился, включив контроль и запись переговоров в систему следственных действий. Да и практика говорит о том, что следователи фактически не прибегают к ст. 186 УПК, ограничиваясь поручением о проведении прослушивания как одного из оперативно-розыскных мероприятий.

Новые законоположения рождают немало и других вопросов. Но они нуждаются в отдельном рассмотрении.

Примечания

¹ См.: Облаков А.А. Проблемы и коллизии УПК РФ становятся нормой в законотворческой деятельности // Проблемы управления органами расследования преступлений в связи с изменением уголовно-процессуального законодательства. М.: Акад. управл. МВД РФ, 2008. Т.1. С. 63; Ширанов А.А. Прокурор в досудебных стадиях уголовного процесса // Там же. С. 546; по мнению С.Л. Каменобродского, прокурор утратил функцию уголовного преследования, его единственной процессуальной функцией становится функция надзора. См.: О функциях прокурора в стадии возбуждения уголовного дела // Общество и право. 2009. № 2; такого же мнения придерживается Ю.П. Сипельщиков. См.: О функциях прокурора на досудебных стадиях уголовного процесса // Российский следователь. 2008. № 17; о фактическом лишении прокурора возможности осуществлять уголовное преследование говорит и С.Н. Коныхов. См.: Проблемы правового статуса прокурора в досудебном производстве // Уголовное судопроизводство. 2008. № 2.

С других позиций отвергает осуществление прокурором на досудебном производстве функции уголовного преследования С.В. Романов, полагая, что такая функция возможна только в состязательном досудебном производстве, каковым оно по действующему законодательству не является. См.: Понятие, система и взаимодействие процессуальных функций в российском уголовном судопроизводстве // Труды юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова. Кн. 11. М., 2009. С. 84.

С этим утверждением трудно согласиться, ибо нельзя игнорировать заметные состязательные элементы предварительного следствия, закрепленные в законе (ст. 15, 20, 21, 29, 108, 165 УПК РФ).

² Так, Рекомендации Комитета министров Совета Европы от 6 октября 2000 г. № R (2000) 19 «О роли прокуратуры в системе уголовного правосудия» содержат положение о том, что во всех системах уголовного правосудия прокуроры решают вопрос о возбуждении или продолжении уголовного преследования и поддерживают обвинение в суде (п. 2). Разграничение этих форм деятельности прокурора позволяет считать, что функция уголовного преследования осуществляется им и на досудебном производстве.

³ Яшманов Б. Генпрокуратуру лишат надзора? Зам. генпрокурора Кехлеров выступил против проекта Закона о Следственном комитете // Российская газета. 2007. 24 мая. О фактическом наделении руководителей следственных органов функцией надзора за исполнением закона следователями говорят и другие исследователи. См.: Соловьев А.Б. Проблема обеспечения законности при производстве предварительного следствия в связи с изменением процессуального статуса прокурора // Уголовное судопроизводство. 2007. № 3.

⁴ Быков В.М. Актуальные проблемы уголовного судопроизводства. Казань: Познание, 2008. С. 158.