

Учебное пособие "Прокурорский надзор и судебная власть"

И. Л. Петрухин

М.: «Проспект», 2001 — 88 с.

ISBN 5-8369-0150-3

В учебном пособии на основании действующего законодательства, судебной, прокурорской практики и исторического опыта подробно рассматриваются основные функции, задачи, полномочия двух важнейших государственно-правовых институтов - прокурорского надзора и судебной власти и их взаимодействие. В книге анализируются проблемы судебной реформы.

Для студентов, аспирантов, преподавателей юридических вузов, работников суда, прокуратуры и других правоохранительных органов.

3

ПРЕДИСЛОВИЕ

Судебная власть и прокурорский надзор — два тесно связанных между собой взаимодействующих, взаимопересекающихся государственно-правовых института, без которых гражданское общество спокойно существовать не может. Тот и другой служат защите прав человека, обеспечивают законность и правопорядок, но делают это своими методами.

Если основная задача прокурорского надзора — выявлять нарушения законности, то обязанность суда — от имени государства реагировать на эти нарушения, осуждая виновных и защищая интересы пострадавших.

Прокуратура — строго централизованный многофункциональный орган, нацеленный на борьбу с преступностью и другими видами антисоциального поведения. Если престиж прокуратуры создавался веками, то независимая, самостоятельная судебная власть в условиях современной постсоциалистической России — явление совершенно новое. Заметно выросшая и окрепшая судебная власть несколько «потеснила» прокуратуру, и возникла сложная и деликатная проблема разграничения компетенции этих двух органов.

Если раньше (до перестройки и судебной реформы) суды были объектом прокурорского надзора, то теперь судебная власть все более занимает подходящее ей место в системе разделения властей, и судебный контроль теперь распространяется на сферы общественных отношений, где в недалеком прошлом господствовал прокурорский надзор. В ряде отношений судебный контроль распространяется и на деятельность прокуратуры. Отсюда — некоторая напряженность во взаимоотношениях двух «ведомств», из которых одно пытается сохранить прежние прерогативы, а другое — приобрести новые полномочия.

Усилиями Петра I Россия заимствовала у средневековой Германии всеобъемлющий прокурорский надзор, распространив его и на Сенат (высший государственный, в том числе судебный, орган), на коллегии (министерства), а также на местные органы власти. В результате судебной реформы 1864 г. прокуратура лишилась этих правомочий. Прокуроров «прикрепили» к судам, где они поддерживали государственное обвинение в полемике с

другой стороной — защитой. Они сохранили также ряд полномочий по надзору за предварительным расследованием.

После октябрьской революции 1917 г. В. И. Ленин восстановил петровскую модель прокурорского надзора (1922 г.), и постепенно прокуратура превратилась в некоего монстра, осуществлявшего высший надзор за законностью деятельности органов исполнительной власти, в определенной мере — судов и даже

4

общественных организаций и граждан (Конституция СССР 1936 г.). Многие из этих черт прокуратура сохраняет и теперь при осуществлении так называемого общего надзора. Тем самым прокуратура препятствует учреждению и укреплению административной юстиции, предназначенной для рассмотрения жалоб граждан на решения и действия исполнительной власти, ущемляющей их права.

Прокуратура сохраняет надзор за дознанием, следствием и оперативно-розыскной деятельностью (ОРД), и эту ее функцию никто не оспаривает. Но с принятием Конституции РФ 1993 г. на суды возложен контроль за законностью следственных и оперативно-розыскных действий, ограничивающих конституционные права и свободы граждан. Кроме того, гражданам предоставлено право обжалования в суд незаконных решений и действий следственных органов и прокуроров (ст. 46 Конституции РФ). В связи с этим возникла проблема соотношения прокурорского надзора и судебного контроля за предварительным расследованием и ОРД.

Прокуратура, в сущности, тормозит вступление в действие Заключительных и переходных положений Конституции РФ в той части, где речь идет о судебном порядке санкционирования арестов и продления задержаний. Многие прокуроры предлагают отменить ст. 23 и 25 Конституции РФ (судебная защита частной жизни и неприкосновенности жилища), то есть вообще ликвидировать судебный контроль за предварительным расследованием и ОРД.

На этом фоне следовало бы рассматривать неудавшуюся попытку Президента РФ В. В. Путина ввести судебный контроль за проведением ряда следственных действий. Президент 5 января 2001 г. направил в Государственную Думу законопроект о судебном санкционировании арестов, обысков и выемок в жилище, осмотра и выемки почтово-телеграфной корреспонденции, помещении обвиняемых на экспертизу в психиатрические учреждения, наложении ареста на имущество обвиняемого, отстранении обвиняемого от должности при соблюдении определенной судебной процедуры. Но 19 января 2001 г. Президент отозвал законопроект из Думы по тем мотивам, что его реализация потребовала бы больших затрат (1,55 млрд. руб.). Но на позицию Президента РФ, надо полагать, в немалой степени повлияло явное и скрытое противодействие силовых ведомств и Верховного Суда РФ. Противодействие судебной реформе, в частности введению судебного контроля за предварительным расследованием и ОРД, носит политическую окраску, поскольку Президент РФ хотел привести УПК РСФСР в соответствие с Конституцией

5

РФ, постановлениями Конституционного Суда РФ, но ему это сделать не дали и, возможно, в ближайшее время не дадут.

В сфере правосудия прокурорский надзор за участниками процесса и самим судом уступил место «участию прокурора в судебном разбирательстве, то есть равноправию сторон в состязательном процессе (конец 80-х годов); Но да сих пор многие теоретики прокурорского надзора стремятся сохранить за ним некоторые преимущества: опротестование прокурором судебных решений рассматривают как вид (форму) прокурорского надзора за судом; оправдывают положение действующего закона, согласно которому по всем возникающим в суде вопросам прокурор дает заключения (ст. 248 УПК РСФСР), а защитник высказывает лишь мнения; обращение прокурора в суд второй инстанции именуют протестом, а такое же обращение защитника — жалобой.

Прокуратура сохраняет ряд надзорных полномочий и в сфере гражданского процесса. Хотя отменена ст. 12 ГПК РСФСР, наделявшая прокурора правом надзора в гражданском судопроизводстве, но сохранена ст. 41 того же Кодекса, согласно которой прокурор дает заключения как по отдельным вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства, так и по делу в целом. Прокурор, обратившийся в суд с иском, в конце судебного следствия дает заключение в отношении собственного иска. К тому же он дает объяснения в ходе судебного следствия и выступает в прениях. За прокурором остается право предъявить иск в защиту интересов частного лица без получения его согласия.

Прокуроры проводят большую и полезную работу, выявляя и опротестовывая в суд нормативные акты субъектов Федерации, противоречащие федеральному законодательству. Но и здесь возникает много нерешенных вопросов. Процедура прокурорских обращений и их рассмотрения судом законом не регламентирована, поэтому приходится применять по аналогии главу 24¹ ГПК РСФСР. Суды субъектов Федерации могут признать недействующим, то есть неприменимым в данном деле, закон этого субъекта, если он противоречит федеральному закону, но не вправе отменить его. В отличие от этого подзаконные правовые акты субъекта Федерации могут быть признаны судом этого субъекта недействительными, то есть отменены. Возникает также вопрос о соотношении компетенции Федераций и ее субъектов при рассмотрении в судах дел о конституционности и законности правовых актов различных уровней. Должна быть решена и проблема абстрактного нормоконтроля, когда гражданин или прокурор обращается в суд с требованием аннулировать нормативный акт, еще не причинивший гражданину лично никакого

6

вреда. При положительном решении этого вопроса суды вряд ли справятся с многократно возрастающей нагрузкой.

Существуют и другие области взаимодействия прокурорского надзора и судебного контроля (арбитражный процесс, исполнительное производство и др.), рассмотреть которые в данной работе не представляется возможным.

Публикуемая работа охватывает много спорных и острых проблем, касающихся соотношения прокурорского надзора и судебной власти в современной России. Автор надеется, что ему удалось способствовать лучшему их пониманию.

Книга рассчитана на студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов и факультетов. Она может быть также полезной для практикующих юристов и сотрудников научно-исследовательских юридических учреждений.

И. Л. Петрухин

1. ИСТОРИЧЕСКИЙ ОЧЕРК

Судебная власть и прокурорский надзор тесно связаны между собой. Их взаимодействие и точки соприкосновения лежат в нескольких плоскостях, а именно:

- 1) прокурорский надзор за исполнением предписаний Конституция, законов, актов исполнительной власти (общий надзор) в соотношении с судебным порядком рассмотрения жалоб граждан на неконституционность законов и незаконность актов и действий органов государственного управления;
- 2) соотношение прокурорского надзора и судебного контроля за законностью в следственной и оперативно-розыскной деятельности (ОРД);
- 3) суд и прокуратура при рассмотрении в судах уголовных и гражданских дел;
- 4) суд и прокуратура в системе исполнения уголовных наказаний.

Соотношение между полномочиями суда и прокуратуры в указанных сферах менялось от эпохи к эпохе.

Исторически судебная власть возникла гораздо раньше, чем прокуратура. В Древней Греции и в Древнем Риме пострадавший от преступления или гражданско-правового деликта сам собирал доказательства и поддерживал обвинение перед судом либо приглашал ораторов. В более поздний период истории Рима (I—IV вв. н.э.) уголовное преследование осуществляли чиновники императора.

В раннем обвинительном процессе (VIII—XIII вв. н.э.) с его ордалиями и поединками опять-таки спор вели равноправные стороны при отсутствии розыска и прокурорского надзора.

В эпоху инквизиции (XIII—XVIII вв. н.э.) также не нашлось места прокурорскому надзору, поскольку инквизитор осуществлял и розыск, и уголовное преследование, и суд (функции обвинения, защиты и разрешения дела были слиты в одном лице).

Прокуратура появилась лишь в XIII—XIV вв. во Франции в связи с борьбой королевской власти против своеволия феодалов и сепаратизма (ордонанс короля Филиппа IV 1302 г.). Она была инструментом становления и укрепления абсолютизма¹.

Появление прокуратуры в России связывают с именем Петра I, который 17 марта 1714 г. издал указ «О фискалах» — предшественниках прокуратуры, выполнявших в сущности прокурорские функции. Оберфискал состоял при Сенате, созданном в 1711 г. вместо боярской Думы. Оберфискал доносил о деятельности Сената царю.

¹ *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Изд. 4. СПб., 1912, с. 19-29.

Фискалы были учреждены и в провинции. Их задачи состояли в том, чтобы «только проведовать и доносить и при суде обличать»¹. Это положение конкретизировалось

следующим образом: «Прилежно проведовать, не обретаются какие, беглые, гулящие, подозрительные и другие оные подобные люди ..., не прокрадываются, ли какие беглые люди за рубеж»². Кроме того, фискалам вменялись в обязанность: борьба с казнокрадством, надзор за исполнением указов и регламентов и участие в делах, где нет челобитчика. Таким образом, уже зарождались по нынешним понятиям общенадзорные функции, которые потом отошли к прокуратуре.

Петр I издал указ от 13 января 1722 г. «Об установлении должности прокуроров в надворных судах». Им подчинялись фискалы, упраздненные лишь в 1729 г. Вслед за этим 27 апреля 1722 г. Петр I издал указ «О должности Генерал-прокурора», который следил за тем, чтобы дела в Правительствующем Сенате «не залеживались»³.

Полномочия Генерал-прокурора Петр I определил так: «Сей чин яко око наше» и потребовал «смотреть над всеми прокурорами, дабы в своем звании истинно и ревностно поступали»⁴. Последние были учреждены в каждой коллегии, а также на периферии. На Генерал-прокурора Петр I возложил обязанность надзирать за Сенатом, который был главным управляющим и судебным органом страны. Так возникла надзорная функция прокуратуры, которая многие годы доминировала в ее деятельности. Появилась и функция надзора за судом, получившая затем дальнейшее развитие.

При Павле I Генерал-прокурор был одновременно министром юстиции, министром финансов и министром внутренних дел. В дальнейшем он был только министром юстиции, то есть принадлежал к исполнительной власти, хотя и надзирал за судом.

Екатерина II в известном «Учреждении для управления губерний» (7 ноября 1775 г.) сделала попытку отделить суд от администрации. Но генерал-прокуроры по-прежнему рассматривались ею как «государевы наместники». Прокуроры и стряпчие в губерниях должны были «доносить... о неточном в судебном месте исполнении законов, учреждений и указов», притом доно-

¹ Российское Законодательство X—XX веков. Том 4 / Под ред. Манькова А.Г. М., 1986, с. 174.

² Там же, с. 177.

³ Там же, с. 196.

⁴ Звягинцев А. Г., Орлов Ю. Г. Око государево. М., 1994, с. 23; Шиканов В. Я Прокуратура в Российской Федерации. Методические указания. Иркутск, 1993, с. 4.

сить не только генерал-губернатору, но и генерал-прокурору¹. В ст. 2474 екатерининского «Учреждения для управления губерний» на губернских прокуроров возлагались следующие обязанности:

- 1) охранение общего благоустройстве в губернии;
- 2) надзор по казенному управлению;

3) надзор по суду и расправе,

Следовательно, у прокуроров сохранялась общенадзорная функция и вводилась функция надзор за судами.

Свод российских Законов 1832, 1842 и 1857 гг. называл прокуроров и стряпчих «взыскателями наказания ... и вместе с тем защитниками невинности», требовал от них «наблюдения за ходом следствий» и указывал, что «тщательному бдению их подлежит смотреть за правосудием»².

Ситуация в корне изменилась в результате судебной реформы 1864 г. Важнейшими чертами реформы, в частности, были: отделение судебной власти от исполнительной и законодательной, лишение прокуратуры надзорных функций, возложение на прокуроров лишь обязанности уголовного преследования путем руководства дознанием и поддержания государственного обвинения в судах, учреждение прокуратуры при судах (окружных судах, судебных палатах и Сенате, который стал только судебным органом), соединение в одном лице функций генерал-прокурора и министра юстиции, свидетельствовавшее о принадлежности прокуратуры к исполнительной власти, устранение прокурорского надзора за судами и судебными следователями.

Однако судебная реформы 1864 г. в России опиралась на концепцию, хотя и признающую разделение властей, но полагающую, что все они, как ветви дерева, имеют основанием могучий ствол — самодержавие. Приговоры выносились именем Императора, и он же утверждал их в случаях совершения особо опасных преступлений.

Революция 1917 г. смела царскую судебную систему, а с нею — и прокуратуру. Создавались новые суды, но прокуратуры в течение первых четырех лет советской власти не было. В судах выступали правозащитники и члены коллегий обвинителей при Исполкомах³.

¹ Российское законодательство X—XX веков. Том S / Под ред. *Индова Е. И.* М., 1987, с. 281.

² *Фоцицкий И. Я.* Указ, срч, с. 34—35.

³ *Шифман М. Л.* Прокурор в уголовном процессе. М., 1948, с. 20-23; *Даев В. Г., Маршунов М. Н.* Основы теории прокурорского надзора. Л., 1990, с. 22—23; *Маршунов М. Н.* Прокурорско-надзорное право. СПб., 1991, с. 7.

Своеволие мест, раздробленность власти, сепаратизм — все это побудило создать единую централизованную систему надзора за законностью.

ВЦИК постановлением от 28 мая 1922 г. утвердил первое Положение о прокурорском надзоре в РСФСР, которое заложило основы советской прокуратуры на многие годы. Оно предусматривало надзор за законностью действий всех органов власти, хозяйственных учреждений, общественных организаций и частных лиц (общий надзор); надзор за следованием и дознанием; поддержание обвинения в суде; наблюдение за правильностью содержания заключенных под стражей¹.

По инициативе В. И. Ленина была воссоздана спустя 200 лет после упоминавшегося указа Петра I прокуратура того же типа, то есть орган тоталитарного надзора за законностью в государстве, где законность понималась как диктатура пролетариата. Судебная функция прокуратуры отошла на второй план. Нужно сказать, что позиция В. И. Ленина была гораздо умеренней, чем взгляды некоторых его оппонентов. Он, в частности, считал, что прокурор должен опротестовывать незаконные акты «с исключительным правом передавать дело на решение суда»². Но это ограничение не было включено в Положение о прокурорском надзоре 1922 г. и последующие нормативные акты. Тем самым общий надзор прокуратуры оказался в значительной мере оторванным от суда.

Вплоть до 1933 г. прокуратура входила в состав НКЮ, что подчеркивало ее принадлежность к исполнительной власти. Однако прокуроры состояли при судах. Конституция СССР, принятая 6 июля 1923 г., установила, что прокурор Верховного Суда дает заключения по всем вопросам, решаемым этим судом, поддерживает обвинения и вправе опротестовывать решения Верховного Суда в Президиум ЦИК СССР.

Полномочия прокурора Верховного Суда конкретизировались в Положении о Верховном Суде СССР (декрет ЦИК СССР от 23 ноября 1923 г.): предлагать на рассмотрение Президиума ЦИК и Верховного Суда СССР вопросы, отнесенные к компетенции последнего, опротестовывать решения Верховного Суда СССР, истребовать решения и приговоры высших судов союзных республик, проверять их в порядке надзора и передавать на рассмотрение Верховного Суда СССР. В Основах судопроизводства Союза ССР и союзных республик, принятых 29 октября

¹ История законодательства СССР и РСФСР по уголовному процессу и организации суда и прокуратуры. Сборник документов /Под ред. *Голунского С. А.* М, 1955, с. 230-231.

² *Ленин В. И.* Полн. собр. соч. Т. 45, с. 198, 201.

1924 г., была определена компетенция прокуроров союзных и автономных республик. Здесь воспроизводилось Положение о прокурорском надзоре 1922 г. (общий надзор, надзор за следствием, поддержание обвинения в судах, надзор за местами лишения свободы) с добавлением, что прокуратура ограждает интересы трудящихся по гражданским делам¹.

Постепенно расширялась компетенция прокурора Верховного Суда СССР, который получил право наблюдать за законностью постановлений Наркоматов и иных Центральных учреждений СССР (кроме ЦИК и СНК СССР) с внесением представлений по поводу выявленных нарушений в Пленум Верховного Суда СССР; наблюдать за законностью Постановлений ЦИК союзных республик; надзирать за законностью судебных решений (раздел II Положения о Верховном Суде Союза ССР и прокуратуре Верховного Суда Союза ССР)².

Положение о Народном Комиссариате юстиции, Принятое 3 июня 1929 г., установило, что в состав этого учреждения входят Верховный Суд РСФСР и Управление прокуратуры Республики. К ведению последнего было отнесено: руководство нижестоящими прокуратурами (идея централизма); надзор за законностью и опротестование действий центральных органов власти, хозяйственных органов, общественных организаций, исполкомов и других учреждений (общий надзор); руководство деятельностью органов

расследования, которые в 1928—1929 гг. были переданы из судов в ведение прокуратуры; организация совещаний по борьбе с преступностью и общее руководство их деятельностью (прообраз координации работы правоохранительных органов); участие в заседаниях коллегий Верховного Суда РСФСР и дача заключений; истребование судебных дел в порядке надзора и некоторые другие.

Решающий шаг в сторону полного организационного отделения прокуратуры от Верховного Суда и НКЮ был сделан в связи с принятием Положения о прокуратуре СССР (постановление ЦИК и СНК СССР от 17 декабря 1933 г.). На прокурора СССР и подчиненных ему прокуроров были возложены: общий надзор; надзор за правильным и единообразным применением законов судами, возбуждение уголовного преследования и поддержание обвинения в судах, надзор за законностью в деятельности ОПТУ, милиции и исправительных учреждений. Прокуроры опротестовывали незаконные правовые акты исполнительной власти, приговоры и решения судов. Но прокуратуры союзных республик

¹ История законодательства СССР и РСФСР, с. 364—365.

² Там же, с. 408.

12

еще несколько лет оставались в ведении соответствующих наркоматов юстиции¹.

Централизованная и независимая прокурорская система СССР окончательно сложилась в середине 30-х годов (постановление ЦИК и СНК СССР от 20 июля 1936 г. «Об образовании Народного Комиссариата юстиции Союза ССР»). Она была закреплена «сталинской» Конституцией (1936 г.). На прокуратуру возлагался высший надзор² за точным исполнением законов всеми Народными Комиссариатами, подведомственными им учреждениями, должностными лицами и гражданами (ст. 113).

В период сталинских репрессий роль прокуратуры (и судов) была принижена. Однако прокуроры входили в состав квазисудебных органов — «троек», рассматривавших дела «врагов народа».

Положение о прокурорском надзоре в СССР от 24 мая 1955 г., принятое в условиях преодоления культа личности и восстановления демократических форм правления, определило основные направления деятельности прокуратуры, в частности сохранило общий надзор, надзор за законностью при производстве предварительного расследования, а также надзор за законностью судебных решений, исполнения, приговоров, содержания арестованных в местах лишения свободы.

В Конституции СССР 1977 г. прокуратуре была посвящена отдельная глава (21), и ее функции определялись как высший надзор за законностью деятельности органов государственного управления (кроме Совета Министров), колхозов, общественных организаций и граждан. Направления прокурорского надзора были конкретизированы в Законе СССР «О прокуратуре СССР», принятом 30 ноября 1979 г. (общий надзор, надзор за расследованием преступлений, уголовное преследование, поддержание государственного обвинения в судах, надзор за исполнением законов при рассмотрении дел в судах, надзор за соблюдением законов в местах лишения свободы и др.).

В период перестройки появилось большое количество противоречивых нормативных актов, предпринимались попытки неверно истолковать и обойти закон. В связи с этим на первое место в работе прокуратуры выдвинулся общий надзор. М. С. Горбачев, выступая на XIX Всесоюзной конференции КПСС, сказал, что «недооценивался общий надзор прокуратуры» и что «необходимо устранить ... перекося, поставив задачу вернуться к ленинской позиции и утвердить в качестве главной функции

¹ Даев В. Г., Маршурнов М. Я. Указ, соч., с. 25.

² Законы о прокуратуре 1992, 1995 и 1999 гг. от слова «высший» отказались. Критику «высшего» надзора см.: Савицкий В. М. Очерк теории прокурорского надзора. М., 1975, с. 12.

13

прокуроров надзор за повсеместным и точным пониманием и применением советских законов»¹.

Но тогда же появилась идея покончить с общим надзором как рудиментом средневековья. Однако попытка ликвидировать общий надзор, предпринятая в 1993 г., не увенчалась успехом. На конституционном совещании летом 1993 г. во всех пяти палатах и в итоговой рабочей комиссии было решено ограничить компетенции прокуратуры лишь уголовным преследованием, поддержанием обвинения в судах и предъявлением исков в защиту прав граждан по их просьбам. Эта позиция была зафиксирована в проекте Конституции РФ, переданном Президенту РФ осенью 1993 г. Однако Президент по настоянию бывшего тогда Генеральным прокурором РФ А. И. Казанника исключил из проекта Конституции РФ указанные положения, и в таком виде Конституция была вынесена на референдум и принята 12 декабря 1993 г.² Мотивы, которыми руководствовалась Генеральная прокуратура, очевидны: при отсутствии в Конституции РФ указаний на функции, которые выполняет прокуратура, продолжает действовать принятый в 1992 г. Закон РФ «О прокуратуре Российской Федерации», в котором функция общего надзора четко обозначена. По мнению Генеральной прокуратуры РФ, общий надзор необходим в качестве средства борьбы с беззаконием в условиях роста преступности.

Изложенное проливает свет на то обстоятельство, что прокуратура оказалась включенной в главу 7 Конституции РФ, именуемую «Судебная власть». Ей и положено там быть, если ее функции, как замыслилось, были бы ограничены уголовным преследованием и поддержанием обвинения в судах.

Организацию и порядок деятельности прокуратуры РФ в настоящее время определяют три закона, принятые в 90-х годах: Закон РФ «О прокуратуре Российской Федерации 1992 г.»³, Закон РФ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О прокуратуре Российской Федерации» от 17 ноября 1995 г.»⁴, который в сущности представляет собой новую развернутую редакцию предыдущего Закона, и Закон РФ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон о прокуратуре Российской Федерации» от 10 февраля 1999 г.»⁵

¹ Материалы XIX Всесоюзной конференции КПСС. М., 1988, с. 63.

² Яровик К. Ю. Надзорная функция прокуратуры: история и проблемы развития.— Государство и право. 1999, № 11, с. 71.

³ Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета РФ, 1992, № 8, ст. 366.

⁴ СЗ РФ, 1995, № 47, ст. 4472.

⁵ Российская газета, 1999, 17 февраля.

14

Названные Законы указывают на основную функцию прокуратуры РФ — надзор за исполнением Конституции РФ и действующих законов. Сохранен общий надзор за федеральными органами государственного управления (кроме Правительства РФ), но из объектов надзора исключены общественные движения, общественные организации, партии и граждане. Введен надзор, за законностью деятельности представительных (законодательных) и исполнительных органов субъектов РФ, органов местного самоуправления, органов военного управления, органов контроля, судебных приставов. Введена новая глава о прокурорском надзоре за соблюдением прав человека. Предусмотрен надзор за органами управления и руководителями коммерческих организаций. Сохранен надзор за органами расследования и ОРД, введена функция уголовного преследования. Допущено проведение общенадзорных проверок только при поступлении информации о фактах нарушения закона, требующих принятия мер прокурором, что сужает сферу общего надзора. Устранен прокурорский надзор за рассмотрением дел в судах и предусмотрено лишь участие прокуроров в рассмотрении дел судами и право опротестования всех видов судебных решений. Сохранена обязанность прокуратуры координировать деятельность правоохранительных органов (к которым суды не относятся). Введено назначение прокуроров субъектов РФ Генеральным прокурором РФ лишь по согласованию с органами государственной власти этих субъектов (это положение подвергается критике со стороны работников прокуратуры). Установлено, что любая проверка сообщения о преступлении, совершенном прокурором и следователем прокуратуры, возбуждение против них уголовного дела и проведение расследования — исключительная компетенция органов прокуратуры. Почти половину текста названных Законов о прокуратуре занимает изложение льгот и мер социального обеспечения прокурорских и следственных работников.

Таким образом, шел процесс централизации и усиления российской прокуратуры, которой приписывалась роль основного гаранта прав человека, целостности федерации, законности и правопорядка. В то же время из законодательства о прокуратуре были исключены наиболее одиозные положения (надзор за общественными организациями, партиями, движениями, гражданами, надзор по усмотрению, а не по поступившим сигналам о нарушениях законности, надзор за судом в ходе осуществления правосудия и пр.).

В последнее время авторитет прокуратуры оказался подорванным. Не раскрыты многие опасные преступления — убийства журналистов В. Листьева и Д. Холодова, депутата Г. Старовойтовой, взрыв на Котляковском кладбище, от которого погибли

15

14 человек (подсудимые по этому делу были оправданы и освобождены из-под стражи прямо в зале суда). Завершились оправданием инспирированные прокуратурой и ФСБ дела капитана Никитина (выдача иностранным экологами сведений о загрязнении российскими подлодками северных морей), химика Мирзаяна, военного журналиста Пасько (шпионаж) и

др. Остались неустановленными лица, взорвавшие жилые дома в период, когда только начиналась «вторая чеченская война» (август 1999 г.). Прокуратура оскандалилась также в связи с арестом в июне 2000 г. президента Холдинга «Медиа-Мост» В. Гусинского (под давлением общественности он был освобожден из-под стражи, и дело о нем вскоре было прекращено за отсутствием состава преступления, но теперь возобновлено). В связи с этим становятся все более актуальным призывы поставить прокуратуру под контроль суда.

15

2. К КАКОЙ ВЕТВИ ВЛАСТИ ОТНОСИТСЯ ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР?

Ответ на этот вопрос позволит лучше уяснить соотношение прокурорского надзора с судебной властью. Поскольку наши прокуроры всегда понимали свою задачу, как «строжайше следить», «надзирать», быть чьим-то «оком», они все время как бы, искали хозяина, которому нужно исправно служить. Таким хозяином были, лицо или орган, реально обладающие высшей властью в стране.

Прокуроры единодушно отвергают свою принадлежность к судебной власти, считая недоразумением включение прокуратуры в главу Конституции о судебной власти (о чем уже говорилось).

Высказано мнение, что до принятия в 1993 г. Конституции РФ «прокуратура была своего рода контрольным органом законодательной власти», а в настоящее время «прокуратура должна стать важной опорой президентской власти»¹.

В то же время позиция авторов цитируемой работы состоит в том, что прокуратура «является самостоятельной структурой, не входящей ни в одну из ветвей власти», и «способствует взаимодействию ветвей власти»².

В таком же духе высказываются и некоторые другие авторы.

С этим высказыванием не вполне согласуется другое: единство и централизация прокуратуры обеспечивается «подотчетно-

¹ Прокурорский надзор в Российской Федерации / Под ред. Чувилева А. А. М, 2000, с. 11.

² Там же, с. 11.

16

стью только Совету Федерации и Президенту...»¹. И далее: прокуратура выполняет свои задачи, «не являясь органом государственной власти»².

И, наконец, существует позиция, высказанная, в частности, Советом судей РФ в постановлении от 16 декабря 1998 г.: «...Необходимо изменить роль и место прокуратуры в системе государственных институтов власти, возложив на нее единственную обязанность - уголовное преследование лиц, совершавших преступления, под судебным контролем»³.

Попытаемся разобраться в этих высказываниях. Прокуратура никогда не была органом или придатком законодательной власти, в частности Верховного Совета СССР. Она не является и

органом Совета Федерации, хотя он и назначает ее высших должностных лиц. В составе законодательных органов нет и не может быть аппарата, который осуществлял бы надзор за законностью деятельности министерств, ведомств, должностных лиц. В соответствии с теорией разделения властей такого рода функции не могут быть возложены на законодательные органы. Что касается степени эффективности принимаемых парламентом законов, необходимости их отмены или изменения, то это — не надзорная, а аналитическая работа, которая по поручению парламента и органов, обладающих правом законодательной инициативы, проводится; соответствующими научными учреждениями.

Является ли прокуратура органом Президента РФ? На этот вопрос ответил сам Президент, заявивший, что он не вправе требовать от прокуратуры освобождения из-под стражи В. Гусинского (июнь 2000 г.). Президент РФ как гарант Законности, прав и свобод граждан реально может влиять на Прокуратуру, но правовые формы этого влияния законом не определены.

Утверждение, что прокуратура вообще не является органом государственной власти, ошибочно, так как осуществляемый ею надзор — это функция власти.

Итак, остается признать, что прокуратура в России настолько самобытна и уникальна, что ее в нынешнем виде приходится признать самостоятельной (четвертой) ветвью государственной власти. Но настораживает то, что в современных цивилизованных странах существуют только три ветви власти — законодательная, исполнительная и судебная, притом прокуратура является органом исполнительной власти и, по общему правилу, входит в Министерство юстиции.

¹ Комментарии и разъяснения к Федеральному закону «О прокуратуре» / Под ред. *Рохлина Ю. А.* СПб., 1999.

² Там же, с. 30.

³ Российская юстиция, 1999, № 4, с. 10.

Российская прокуратура не может быть отнесена к исполнительной ветви власти из-за того, что она выполняет функцию надзора за законностью деятельности министерств, ведомств, должностных лиц и т. д. Если лишить ее этой функции, то она вполне вписалась бы в ту модель, которую предложил Совет судей РФ, — уголовное преследование и обвинение перед судом. Пока это не сделано, прокуратура — никому не подконтрольный монстр, который способен с одинаковым успехом как надзирать за исполнением законов, так и нарушать их.

Опросы глав и сотрудников администраций, контрольных органов, судей, сотрудников МВД, ФСБ, ФСНП, таможенных органов и прокуратуры выявили следующее мнение о функциях прокуратуры: разновидность органа законодательной власти — 53,6%, орган исполнительной власти — 13,8%, орган президентской власти — 20,3% опрошенных. В то же время 62,9% опрошенных высказались против отнесения прокуратуры к традиционным ветвям власти¹. Доверять такому исследованию вряд ли возможно (не известно соотношение респондентов по их принадлежности к ведомствам, исследование проведено заинтересованным органом — прокуратурой). Одно лишь ясно: практические, да и научные

работники не имеют четкого представления о том, к какой ветви власти относится прокурорский надзор.

17

3. ОБЩИЙ НАДЗОР ПРОКУРАТУРЫ И СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ

Наша прокуратура с ее функцией общего надзора — рудимент средневековья, оживший в странах с тоталитарным режимом (в прошлом — СССР, государства Восточной Европы) для всеобъемлющего контроля за государственными институтами, обществом, подданными. Надобность в общем надзоре возникла особенно в те периоды, когда центральная власть стремилась к укреплению своих позиций в борьбе с сепаратизмом. Сторонники общего надзора указывают на то, что и в настоящее время в России сложилась именно такая ситуация. Но общий надзор возник и окреп, когда существовал единый Советский Союз и центробежных тенденций еще не наблюдалось.

В цивилизованных правовых государствах в качестве средства контроля за чиновничьим аппаратом используется судебная жалоба гражданина, права которого оказались нарушенными. В результате рассмотрения таких жалоб суд не только защищает права граждан, но и выявляет нарушения законности в право-

¹ Бессарабов В. Место прокуратуры в государственном механизме современной России. — Законность, 1999, № 3, с. 40—46.

18

творческой и правоприменительной деятельности органов государства.

Высказывается мнение, что не имеет значения, кто будет рассматривать жалобу, — судья или прокурор, и что прокурорский порядок в этом отношении имеет даже ряд преимуществ. Но это не так.

Судьи независимы и несменяемы, поэтому они способны без опасений для себя признать незаконным обжалуемый правовой акт. В отличие от них прокуроры гораздо ближе к исполнительной власти, решения и действия которой обжалуются. Прокурор — чиновник, и он может быть солидарен с другим чиновником, действия которого обжалуются. Прокурор не вправе отменять обжалуемый правовой акт. Он может лишь опротестовать его лицу или органу, принявшему этот акт, но протест прокурора не обязателен для этого или вышестоящего лица или органа. Они могут не согласиться с прокурорским протестом, и тогда прокурору придется отстаивать свою позицию перед судом. В этих случаях правоохранительный процесс разделен на два этапа, что отрицательно влияет на сроки рассмотрения жалоб. Между жалобщиком и судом возникает совершенно ненужное звено — прокурор, лишенный права приостанавливать¹ и отменять ведомственные правовые акты. Гражданам удобнее обращаться в суд напрямую, минуя посредничество прокурора. Обратившись в суд, граждане могут использовать в своих интересах судебную процедуру, гласность, участвовать в рассмотрении своих жалоб и пользоваться услугами адвокатов. Ничего подобного при прокурорском рассмотрении жалоб нет² (процедура и сроки их рассмотрения законом не установлены). В этом отношении представляет интерес постановление Конституционного Суда РФ от 18 февраля 2000 г. по жалобе Б. А. Кехмана. Последний обратился с просьбой ознакомить его с материалами прокурорской проверки,

проводившейся в прокуратуре Ленинского района г. Самары в связи со сносом жилого дома, часть которого при-

¹ Нельзя согласиться с мнением, согласно которому прокурора надо наделить правом приостанавливать действие опротестованных им актов (*Алексеев А. Общий надзор: проблемы и перспективы.*— Законность, 1998, № 2, с. 23). Процедура общенадзорной проверки законом не определена, и заинтересованное лицо не может активно возражать против приостановления. Приостановление действия такого акта до судебного решения может дезорганизовать производство, породить беспорядки и протесты трудовых коллективов.

² Правильно замечено, что общий надзор прокуратуры «препятствует созданию административной юстиции», предназначенной для рассмотрения в судебном порядке жалоб граждан на решения и действия органов исполнительной власти» (*Михайловская И. Проблемы посткоммунистической прокуратуры. Конституционное право; Восточно-Европейское обозрение, 1999, № 1/2, с. 73—74).*

19

надлежала жалобщику. Ему в этом было отказано со ссылкой на п. 2 ст. 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», где говорится о недопустимости предоставлять кому-либо для ознакомления материалы проверок, проводимых прокуратурой. КС признал это положение Закона неконституционным, поскольку оно противоречит, в частности, ч. 2 ст. 27 Конституции РФ, где установлено право гражданина на ознакомление с документами и материалами, затрагивающими его права и свободы. КС обратил внимание и на то, что отказ от реализации такого права лишает гражданина возможности обжаловать действия прокуратуры в суд.

Осуществляя общий надзор, прокуратура пытается «объять необъятное» и не хочет признать, что справиться с этим объемом работы она просто не в состоянии. Во многих районных прокуратурах общим надзором занимается один помощник прокурора. Между тем даже на районном уровне принимаются сотни тысяч правоприменительных актов. Каждый год в России издается более одного миллиона нормативных актов¹, тогда как прокуроров насчитывается лишь около 50 тысяч, из них общенадзорной работой занимаются менее половины. Ясно, что проверить законность всех этих актов прокурор просто не в состоянии. Закон «О прокуратуре РФ» 1995 г. ограничил общий надзор рассматриванием лишь тех правовых актов, о незаконности которых поступила информация. Но прокуроры недовольны этим и хотят вернуться к тем временам, когда проводились общенадзорные проверки, независимо от поступивших сигналов².

Приводятся ошеломляющие цифры объема общенадзорной работы: за полтора года выявлено и в основном устранено 400 тысяч нарушений различных законов, за два года по протестам прокуроров отменено более 120 тысяч противоречащих законодательству актов органов представительной и исполнительной власти³

Число обособленных сфер общего надзора достигает 60-ти (надзор за законодательством о выборах, беженцах, эпидемиях, охране труда, оружии, защите потребителей, рекламе и т. д.)⁴.

Такого рода цифры приводятся как аргумент, якобы подтверждающий полезность и эффективность общего надзора. На самом деле они подтверждают обратное. При нынешней числен-

¹ *Бойков А., Скворцов К., Рябцев В.* Проблемы развития правового статуса Российской прокуратуры. — Уголовное право, 1999, № 2, с. 15.

² Там же.

³ *Мельников А.* О состоянии и совершенствовании надзора за исполнением законов и законностью правовых актов.— Законность, 1998, № 3, с. 7—15.

⁴ Прокурорский надзор в Российской Федерации / Под ред. *Чувилева А. А.* М, 2000, с. 121.

20

ности прокуратуры добросовестное выполнение этого объема работ просто невозможно. В среднестатистические показатели попадают многие случаи совершенно незначительных нарушений, причем «выявленные нарушения как по количеству, так и структуре каждый год удручающе одинаковы»¹. Автора тревожит, что «прокуратура все больше возвращается к тому, чтобы влезать во все и заниматься всем»².

Прокурор не в состоянии охватить общим надзором все отрасли промышленности, сельского хозяйства и др., где, по имеющимся данным; нарушен закон. Специализация прокуроров затруднена из-за недостатка кадров. Поэтому прокуроры нередко поручают общенадзорные проверки ревизорам и другим специалистам. Проводится нечто вроде общенадзорного расследования, но чужими руками. Причем явка ревизора или специалиста по вызову прокурора и проведение ими соответствующих работ рассматриваются как их обязанность, неисполнение которой влечет ответственность по ст. 165¹⁰ и 165¹¹ КоАП (непредставление требуемых документов, отказ от дачи объяснений, неявка по вызову прокурора и т. д.)³.

В то время как прокуроры поглощены общенадзорными проверками, мало внимания обращается на качество поднадзорного им предварительного расследования, не раскрываются многие преступления, по 60% уголовных дел отсутствует государственное обвинение в суде, что вынуждает судей восполнять пробелы расследования и выполнять не свойственные им обвинительные функции.

По справедливому мнению первого заместителя председателя Верховного Суда РФ В. И. Радченко, «прокуратура не должна выполнять функции надзора, она должна осуществлять от имени государства уголовное преследование, а также защищать его публичные интересы путем обращения в независимый суд»⁴. В этом случае, как полагает В. И. Радченко, «30 тысяч прокуроров и их помощников без проблем могут обеспечить поддержание обвинения по всем уголовным делам, которые рассматривают 11 тысяч судей в судах первой инстанции»⁵.

¹ *Мыцыков А.* Прокуратура. Проблемы развития. Законность, 2000, № 1, с. 4.

² Там же.

³ *Викторов И.* Ответственность за неисполнение законных требований прокурора. Законность, 1999, №9, с. 5—10.

⁴ *Радченко В.* Судебную власть — в центр правовой реформы.— Российская юстиция, 1999, № 10.

⁵ Там же.

21

Такого рода соображения вызывают резкий протест в прокуратуре. Так, бывший Генеральный прокурор РФ Ю. И. Скуратов был очень Недоволен «настойчивыми попытками некоторых идеологов судебной реформы подорвать доверие к прокуратуре путем ориентации на гипотетическое всеисилие и благотворительную роль судебной власти, пока еще существующей в России номинально, нежели фактически»¹. Оказывается, не суды, а прокурорский надзор — «основная и универсальная форма надзора за исполнением Конституции и законов»².

Сторонники общего надзора прокуратуры одержимы желанием еще больше расширить его пределы. Подчеркивается, что общий надзор распространен ныне и на коммерческие организации, хотя при проверке состояния законности в них неизбежно вторжение в финансово-хозяйственную деятельность. Далее: «Хотя новая редакция Закона о прокуратуре не причисляет к объектам надзора общественные движения, политические партии, это не означает исключения их из сферы надзора»³. Не считаясь с изменением Закона, авторы, по-видимому, полагают, что в партиях и движениях найдутся осведомители, которые будут оповещать прокуратуру о заговорах, преступных планах и нарушениях законности. Здесь прокуратура может сомкнуться с силовыми структурами и большой политикой (последнее прямо запрещено законом).

Высказано еще одно оригинальное суждение: «В условиях плюрализма все партии и любые общественно-политические объединения должны стать объектом прокурорского надзора»⁴. Таким образом, путь к демократии и плюрализму увенчан терниями все возрастающего прокурорского надзора. По мнению некоторых авторов, прокуратура следит за исполнением не только законов, но и подзаконных актов, поскольку они конкретизируют закон⁵. Конечно, без обращения к подзаконным актам иногда трудно уяснить смысл закона, но включение их в предмет прокурорского надзора делает его безбрежным и неосуществимым.

¹ *Скуратов Ю. И.* Вводные замечания к ст.: *Бойков А., Скворцов К., Рябцев В.* Указ, соч., с. 4.

² *Бойков А., Скворцов К., Рябцев В.* Указ, соч., с. 14.

³ Прокурорский надзор в Российской Федерации. М., 1999, с. 121.

⁴ *Демин В. Т.* О концепции прокурорского надзора. Проблемы повышения эффективности прокурорского надзора за законностью расследования преступлений. М., 1992, с. 15.

⁵ Комментарии и разъяснения к федеральному закону «О прокуратуре». СПб., 1999, с. 57.

22

Расширить пределы общего надзора предлагается и тем, что прокуратура будет обращаться в Пленум Конституционного Суда РФ с требованиями об отмене или изменении решений КС¹. Предлагается изменить Конституцию и дать право Генеральному прокурору обращаться в КС «относительно отмены необоснованного решения этого суда»². Таким образом, объектом прокурорского надзора хотели бы сделать и Конституционный Суд. Это уж слишком. Ни в одной стране мира, где существуют Конституционные суды, прокуратура не обладает правом опротестовывать их решения. Постановления КС окончательны и обжалованию (опротестованию) не подлежат (ссылка на то, что прокуратура получила право использовать Конституцию для проверки законности нормативных актов, вовсе не означает, что она осуществляет конституционный контроль). Проверка конституционности законов — прерогатива КС.

Прокуратура получила право осуществлять надзор за исполнением законов представительными (законодательными) и исполнительными органами субъектов Российской Федерации (ч. 3 ст. 1 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» 1995 г.). Часто приводят доводы, что это правомочие прокуратуры направлено против сепаратизма. Так, приведены данные о том, что законодательными и исполнительными органами субъектов Федерации было принято незаконных правовых актов: в 1998 г. — около 1,9 тысяч; в 1999 г. — 1,7 тысяч. В результате вмешательства прокуратуры отменено или исправлено незаконных актов: в 1998 г. — 870; в 1999 г. — 747³. Но ведь прокуратура не вправе отменить закон субъекта Федерации, противоречащий федеральному законодательству. С ее протестом законодательный орган субъекта Федерации может и не согласиться. И тогда прокурор обращается в суд.

Постановлением Конституционного Суда РФ от 11 апреля 2000 г. по запросу Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ установлено, что прокурор может обращаться в суд общей юрисдикции с требованием о признании закона субъекта Федерации не подлежащим применению в порядке ч. 3 ст. 10, ст. 41, ст. 231 и 239¹-239² ГПК РСФСР. И это влечет необходимость его приведения в соответствие с федеральным законом представительным (законодательным) органом субъекта Федерации. Но это не исключает возможности заинтересованных органов и лиц обратиться в Конституционный Суд РФ с требованием проверки конституционности как федерального закона, так и

¹ Бойков А, Скворцов К., Рябцев В. Указ, соч, с., 12.

² Прокурорский надзор в Российской Федерации, с. 14.

³ Устинов В. Закон — не дышло. Юридическая газета, 2000, № 25.

противоречащего ему закона субъекта Федерации. Однако суды общей юрисдикции не наделены полномочием признавать закон субъекта Федерации, противоречащий федеральному закону, недействительным, то есть утратившим юридическую силу, поэтому не соответствует Конституции РФ положение абз. 3 п. 33 ст. 22 Федерального закона РФ «О прокуратуре Российской Федерации», который предоставил прокурору право на обращение в суд с такого рода требованиями. Признать закон субъекта Федерации лишенным юридической силы и тем самым устранить его из правовой системы может только законодатель субъекта Федерации, а если закон противоречит Конституции РФ, то и Конституционный Суд РФ. Конституция РФ вообще не предусматривает права судов общей

юрисдикции рассматривать заявления прокуроров о несоответствии законов субъектов Федерации федеральному закону. По мнению КС РФ, законодатель может предоставить им такое право. Но при этом нужно предусмотреть процедуру рассмотрения судом такого рода заявлений прокуроров, которая Законом «О прокуратуре РФ» не определена¹.

Пленум Верховного Суда РФ установил, что заявления прокуроров о признании нормативных актов противоречащими федеральному закону рассматриваются краевыми, областными и приравненными к ним судами. Как и в указанном постановлении КС, Пленум проводит различие между понятиями «недействительный» и «не действующий»². По смыслу вышеуказанного постановления КС второе понятие распространяется на случаи признания правового акта неприменим в данном деле, но не отмененным. Первое же понятие имеет ввиду аннулирование нормативного акта; в данном деле таким правом в отношении законов суды общей юрисдикции не обладают.

К сожалению, Пленум Верховного Суда РФ не указал, что суд, признавший закон не действующим, должен обратиться в законодательный орган с предложением привести его в соответствие с федеральным законом. Без этого закон, признанный не действующим, сохраняет юридическую силу, если только КС не признает его неконституционным. Но до КС дело может не дойти.

Обращение прокурора в суд о признании незаконными нормативных актов (в частности субъектов Федерации) вне связи с конкретным делом — явление относительно новое, не вполне укладывающееся в правила главы 24¹ ГПК РСФСР, поэтому нужен закон, который регламентировал бы эту процедуру.

¹ Российская газета, 2000, 27 апреля.

² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25 мая 2000 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации». — Российская газета, 2000, 1 июня.

В практике работу по выявлению и опротестованию противоречащих закону нормативных актов, в частности, принятых Субъектами Федерации, могло бы вести Министерство юстиции РФ, которое проводит юридическую экспертизу нормативных правовых актов субъектов Федерации на предмет их соответствия Конституции РФ и федеральным законам, а также осуществляет государственную регистрацию нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, затрагивающих права, свободы и обязанности человека и гражданина¹. Дублирование одной и той же функции двумя разными органами государства - Прокуратурой и Минюстом — вряд ли уместно. Жалобы граждан, не связанные с конкретным делом, могли бы также помогать судам в выявлении и аннулировании незаконных нормативных актов.

Доводы сторонников общего надзора прокуратуры состоят также в том, что защита прав граждан лучше обеспечивается, если они имеют возможность по своему усмотрению обратиться с жалобой к прокурору или (и) в суд. Но с точки зрения теории управления каждый орган государства должен выполнять только свою, специфическую, функцию. Дублирование функций создает неопределенность в системе, ее разбалансированность и безответственность блоков системы в достижении ее общей цели.

Некоторые авторы утверждают, что суды не готовы к возложению на них общенадзорных функций, выполняемых прокуратурой, так как там слабые кадры, низкая зарплата, волокита, отсутствие оргтехники, недостаток помещений, высокая пошлина и т. д., и т. п. А в прокуратуре во всех этих отношениях ситуация несравнимо лучше.

Такие доводы просто несерьезны. Сначала надо определить, какую функцию Должен выполнять в государстве тот или иной орган, а затем обеспечивать его необходимыми кадрами и средствами. Можно без труда подсчитать, сколько человеко-дней тратят прокуроры на общенадзорную работу и в соответствии с этим увеличить на соответствующее число штаты судов и уменьшить штаты прокуратуры. Переводимым в судебную систему прокурорам следовало бы сохранить прежнюю зарплату, льготы, привилегии и т. п. Вопрос о слабости судебных кадров по сравнению с прокурорскими — спорный. По характеру публикаций в журналах «Законность» (орган прокуратуры) и «Российская юстиция» (судебный орган) видно, что прокуроры настроены жестко, ведомственно, ригористично; судьи же более либеральны, независимы в суждениях, гуманны.

¹ Положение о Министерстве юстиции Российской Федерации от 2 августа 1999 г. Российская газета, 1999, 5 августа.

25

Что касается зарплаты, оргтехники, помещений и т. п., то финансовые органы могут исправить это положение путем более справедливого распределения средств между судами и прокуратурой. Волокитой в одинаковой мере страдают и суды, и прокуратура. Впрочем, закон установил процессуальные сроки для судов и не определил продолжительность общенадзорных проверок. При передаче общенадзорных функций в суды размер госпошлины по такого рода делам необходимо снизить.

Граждане настолько привыкли к бюрократическим советским порядкам, что в их представлении с жалобой надо обращаться к прокурору. Возможности же суда в защите прав граждан пока еще им не вполне понятны. Ведь существует отработанная система рассмотрения судами жалоб на незаконные и необоснованные действия и решения государственных органов и должностных лиц, введенная в последнем варианте Законом РСФСР от 27 апреля 1993 г. (глава 24-1 ГПК РСФСР), плюс статья 46 Конституции РФ (обжалование в суд любых решений и действий либо бездействия органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц), плюс обжалование в Конституционный Суд РФ законов, противоречащих Конституции.

В стране существует огромное количество контролирующих и надзирающих органов. В каждом министерстве имеется контрольный аппарат, следящий за исполнением приказов, циркуляров, инструкций ведомственного характера и их соответствием федеральным законам. Велико число вневедомственных инспекций, акты которых обязательны для граждан (саннадзор, экологический надзор, рыбнадзор и т. д.).

Контрольными функциями обладают и многие федеральные органы — Счетная палата, Минюст, ГИБДД, пожарный надзор, МВД РФ и др. Парадоксально, но факт: чем больше контрольно-надзорных учреждений, тем ниже уровень законности в стране. Функции этих органов переплетаются, накладываются одна на другую, а происходит то, что хорошо

выражено известной поговоркой: у семи нянек дитя без глаза. Это надо иметь в виду, когда мы сопоставляем дублирующие функции судов и прокуратуры.

В соответствии с общим представлением о том, что государство защищает права граждан, Закон о прокуратуре РФ в редакции от 17 ноября 1995 г. пополнился главой «Надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина». Это своеобразная дань моде, потому что названная глава по существу повторяет то, что изложено в других главах Закона (предмет надзора — ст. 26, полномочия прокурора — ст. 27, протест и представление прокурора — ст. 28).

26

Парламентская Ассамблея Совета Европы (ПАСЕ) 25 января 1995 г. приняла решение о согласии на вступление в эту организацию России: При этом были сформулированы условия пребывания России в Совете Европы. Среди них — следующее условие: «Ожидается, что будут приняты соответствующие стандартам Европы законы о роли, деятельности и организации Прокуратуры...»¹.

Вместо того, чтобы выполнить эту рекомендацию, работники прокуратуры подвергли ее критике² и никаких сколько-нибудь серьезных изменений в ее организацию и деятельность не внесли. Представители Совета Европы и западные юристы неоднократно разъясняли, что, европейским стандартам не соответствует немислимый на Западе средневековый тотальный общий надзор российской прокуратуры. Несмотря на это, общий надзор в РФ не только не ликвидирован, но и получил дальнейшее развитие. Попытки западных юристов придать цивилизованный облик нашей прокуратуре рассматриваются как «скрытые усилия некоторых зарубежных спецслужб, направленные на развал державы»³. Пора бы уже понять, что причины неудач следует искать внутри, а не вне нашей государственной системы

26

4. СУДЕБНЫЙ КОНТРОЛЬ И ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Прокурорский надзор за следствием возник почти одновременно с учреждением прокуратуры. Предшественники прокуроров в России — фискалы — ведали розыском в делах, где потерпевший не возбуждал уголовный иск. Таким образом, на них возлагалась государственная функция уголовного преследования. В дальнейшем эта функция была передана прокуратуре. Екатерина II возложила на прокуроров «надзор по суду и расправе». Это понятие охватывало производство следствий и исполнение наказаний. Свод российских законов (первая половина XIX в.) требовал от прокуроров наблюдения за расследованием уголовных дел.

Устав уголовного судопроизводства 1864 г. подчинил прокурорам органы дознания (они расследовали до 2/3 уголовных дел), но ввел особые правила, регламентировавшие взаимоотношения прокуроров с судебными следователями, имевшими ста-

1 Заключение по докладу о заявке России на вступление в Совет Европы. Страсбург, 1995, 25 января (перевод с английского).

2 Бойков А. Д. Третья власть в России. М., - 1997, с. 204.

тус судей. Последние были обязаны выполнять законные требования прокуроров относительно собирания доказательств, но могли их и отклонить. В этом случае прокурор мог обжаловать такое решение судебного следователя в суд.

Устав вводил наблюдение прокурора за следствием и давал ему право требовать производства дополнительного расследования. Такие правила были заимствованы из УПК Франции 1808 г. и в основном до сих пор сохраняются во французском уголовном процессе.

В дореволюционном уголовном процессе допускалось прекращение уголовного дела судебным следователем и прокурором лишь с согласия суда. Это ограничивало возможность злоупотреблений при прекращении уголовных дел.

После октябрьской революции 1917 г. в первом же Положении о прокурорском надзоре (1922 г.) устанавливалась обязанность прокуроров осуществлять надзор за следствием и дознанием. Эта функция российских прокуроров воспроизводилась в последующих правовых актах (см. п. 1) и сохранилась поныне. До конца 20-х годов народные следователи состояли при судах, и прокурорский надзор за ними осуществлялся в несколько смягченной форме (в частности, они имели право обжаловать требования и указания прокурора в суд).

Но после передачи следственного аппарата в прокуратуру (1928—1929 гг.) был учрежден широкий, тотальный прокурорский надзор за следствием и дознанием.

Более 30 лет следственный аппарат состоял в ведении прокуратуры. Но следственные органы ВЧК — ЧК — НКВД — ГПУ — МГБ — КГБ образовывали самостоятельные структуры и преследовали «врагов народа» в годы массовых репрессий (1934—1952 гг.), не подвергаясь ни прокурорскому надзору, ни судебному контролю.

В 1963 г. был создан следственный аппарат в системе МВД. К его подследственности относились все новые и новые составы преступлений, и в настоящее время он расследует до 80% уголовных дел. Кроме того, функционируют следственные аппараты ФСБ и налоговой полиции со специфической подследственностью (см. ст. 126 УПК РСФСР).

Прокурорский надзор контролирует состояние законности во всех четырех ветвях следствия. В определенной мере он распространяется и на оперативно-розыскную деятельность (ОРД) спецслужб МВД, ФСБ и некоторых других ведомств (см. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» от 5 июля 1995 г.¹, Федеральный закон «Об органах федеральной

¹ СЗ РФ, 1995, ст. 3349.

Прокурор — «хозяин» на предварительном следствии и дознании. Его обширные полномочия в стадии предварительного расследования (ст. 211 УПК РСФСР) можно разделить на две группы: 1) процессуальное руководство и 2) надзор.

Процессуальное руководство характерно тем, что прокурор непосредственно в полном объеме или частично участвует в расследовании и в частности: поручает органам дознания исполнение своих (и следователя) постановлений о производстве процессуальных действий и принятии мер для раскрытия преступления; участвует в производстве дознания и предварительного следствия и в необходимых случаях лично проводит отдельные следственные действия или расследование в полном объеме по любому делу; возбуждает уголовные дела или отказывает в их возбуждении; прекращает или приостанавливает производство по уголовному делу (п. 4, 5, 11 ст. 211 УПК).

Остальные полномочия прокурора, указанные в ст. 211 УПК, носят преимущественно надзорный характер (требует от органов дознания и предварительного следствия для проверки уголовные дела, материалы, документы, отменяет незаконные и необоснованные постановления следователя и лиц, производящих дознание; дает следователю или органу дознания письменные указания о расследовании преступления и производстве отдельных процессуальных действий; санкционирует ряд следственных действий; продлевает срок расследования и содержания обвиняемого под стражей, возвращает дела со своими указаниями для производства дополнительного расследования и др.).

Совмещение в одном лице функций руководства следствием и надзора за ним² вряд ли приемлемо. Если считать прокурора органом надзора³, а следователя — лицом, осуществляющим обвинительную функцию, то становится непонятно, почему прокурор может вести расследование в полном объеме, включая предъявление обвинения, почему он утверждает обвинительное заключение и в дальнейшем поддерживает обвинение в суде. К тому же при таком понимании функции прокурора становится ненужным судебный контроль за расследованием, поскольку все функции вы-

1 Ведомости Федерального Собрания Российской Федерации, 1995, № 12, ст. 401.

2 Савицкий В. М. Очерк теории прокурорского надзора в уголовном судопроизводстве. М., 1975, с. 26 и след.

3 Даев В. Г., Маршунов М. И. Основы теории прокурорского надзора. Л., 1990, с. 93—95; Прокурорский надзор в Российской Федерации / Под ред. Чувилева А. А. М., 2000, с. 180.

полняет прокурор, а двойной контроль (дубль) вряд ли нужен. Ослабляется состязательное начало на предварительном следствии, если прокурор не является стороной обвинения.

В проекте УПК РФ прокурор на предварительном следствии—обвинитель. С этим можно согласиться, но нужно отдавать себе отчет в том, что это неминуемо должно повлечь коренную реконструкцию всего предварительного расследования. Ведь следователь и дознаватель по проекту УПК РФ тоже выполняют функцию обвинения. Кроме того, на стороне обвинения — и оперативно-розыскные службы, задача которых — раскрывать преступления. И этот мощный «обвинительный кулак» занесен над обвиняемым, который довольно часто содержится под стражей, до окончания следствия не знает, какими

доказательствами подкреплено обвинение, и лишен возможности собирать оправдывающие его доказательства. Сторона защиты (обвиняемый, защитник) обращается с ходатайствами и жалобами к стороне обвинения — прокурору, дознавателю, следователю, — от которых трудно ждать благоприятных для защиты решений. Поэтому, если наделять прокурора, следователя и дознавателя только обвинительной функцией, то потребуется контрольный орган, который разрешал бы все процессуальные конфликты между обвинением и защитой на предварительном следствии и дознании. И такого рода арбитром может быть только суд (судья). В этом случае предварительное расследование станет состязательным. Придется ввести в штат судов судей, которые специализировались бы на рассмотрении жалоб и ходатайств сторон на предварительном следствии, а также выдаче судебных решений, позволяющих обвинительной власти производить аресты, обыски и другие следственные действия, ограничивающие конституционные права и свободы граждан. Для уравнивания сил обвинения и защиты следовало бы предоставить адвокатам право вести «параллельное расследование», то есть собирать доказательства, оправдывающие обвиняемого или смягчающие его вину. В случаях, когда обнаружение таких доказательств сопряжено с применением мер процессуального принуждения, а также с необходимостью официальной фиксации в протоколе полученных данных, требование адвоката о производстве следственных действий при наличии указанных в законе оснований для их проведения должно быть обязательным для прокурора, следователя и дознавателя. Притом защитник должен обладать правом участия в производстве таких действий. Существует некоторый образец подобной организации предварительного расследования. В Англии стороны (полиция и защита) собирают соответственно обвинительные и оправдательные доказательства и представляют их суду. Собираением доказательств защиты занимаются в основном адвокаты-солиситоры и привлекаемые ими частные детективы, а выступают в судах адвокаты-барристеры. Собранные полицией доказательства по делам,

30

подсудным суду присяжных, проходят через «сито» предварительного слушания, которое проводит судья-магистрат (низшее звено судебной системы). Доказательства, полученные с нарушением закона, признаются недопустимыми, что не позволяет стороне обвинения использовать их в суде. Прокуратуры в Англии вообще нет. Но в конце 80-х годов XX в. создан аппарат государственных обвинителей (2400 человек), подчиненный Директору публичных преследований. Обвинители в расследовании преступлений не участвуют и впервые появляются в деле на стадии предварительного слушания. Деятельность полиции по расследованию преступлений контролируется судами.

В конце 80-х и начале 90-х годов в условиях начавшейся перестройки, гласности, стремления заложить основы правового государства, где главная ценность — человек, а основной гарант его прав — суд, с помощью СМИ удалось узнать, что прокуратура не в состоянии обеспечить высокое качество расследования преступлений и надежную защиту прав человека при производстве следствия. Появились многочисленные публикации о применении незаконных методов расследования, длительных сроках ареста, прослушивании телефонных переговоров, произвольных обысках и т. п. И тогда вдруг вспомнили, что во всех развитых странах предварительное расследование находится под контролем суда, и это позволяет защитить права человека при расследовании преступлений. Поэтому постепенно, начиная с 1992 г., стали вводить судебный контроль за предварительным следствием и ОРД.

Судебный контроль за расследованием осуществляется в трех формах: 1) предварительный (разрешительный), 2) последующий в пределах стадии расследования, 3) последующий в судебных стадиях процесса.

Предварительный (разрешительный) контроль суда состоит в рассмотрении и разрешении ходатайств прокуроров, следователей, органов дознания и ОРД о проведении процессуальных и оперативных действий, связанных с ограничением конституционных прав граждан (арестов, осмотров почтово-телеграфных отправок, прослушивания телефонных и иных переговоров, установки прослушивающих устройств, вхождения в жилище для производства обысков, выемок, помещении обвиняемых в психиатрические учреждения для производства экспертиз).

Последующий контроль в пределах стадии расследования состоит в рассмотрении и разрешении судом жалоб на незаконные и необоснованные решения и действия дознавателя, следователя, прокурора, нарушившие конституционные права граждан (жалобы на незаконный и необоснованный арест, отказ в возбуждении уголовного дела, неправильное прекращение дела и т. п.).

31

Последующий контроль в судебных стадиях процесса — это обнаружение нарушений, допущенных при расследовании, в ходе судебного разбирательства и на последующих судебных стадиях процесса. Результатом такого контроля могут быть возвращение дела для доследования, вынесение оправдательного приговора или частного определения об обнаруженных судом нарушениях законности¹.

Первым шагом на пути внедрения предварительного судебного контроля в России было введение обжалования незаконных и необоснованных арестов.

Надзор за законностью и обоснованностью арестов в стадии предварительного расследования пока осуществляет прокурор. После введения в действие ст. 22 Конституции РФ арест будет производиться по судебному решению.

Перед санкционированием ареста прокурор обязан в необходимых случаях допросить обвиняемого или подозреваемого, а несовершеннолетнего обвиняемого или подозреваемого — во всех случаях. Закон не разъясняет, что надлежит понимать под «необходимыми случаями», поэтому взрослых обвиняемых и подозреваемых прокуроры перед санкционированием ареста, как правило, не допрашивают.

Санкционирование арестов и продление их сроков прокурорами имеет ряд недостатков. Решение о санкционировании ареста принимается единолично прокурором, отвечающим за состояние преступности в регионе и качество предварительного расследования, поэтому он в ряде случаев поддерживает следователя при принятии недостаточно обоснованных процессуальных решений. Санкционировав не вполне обоснованный арест и поверив в правильность лишь одной версии, прокурор иногда не обнаруживает желания исправить ошибку и освободить арестованного.

Обвинительная власть не должна обладать правом санкционировать аресты. Для этого есть власть судебная, обладающая свойством беспристрастности и независимости. Известно, что в дореволюционной России правом заключать обвиняемых под

¹ Существует мнение, что судебный контроль необходим для защиты прав граждан и что поэтому надо различать две его формы: предотвращение ограничения прав граждан и восстановление нарушенных прав (Лазарева В. Теория и практика судебной защиты в

уголовном процессе. Самара, 2000, с. 75.). В целом это удачная классификация. Но все же надо иметь в виду, что суды защищают интересы не только личности, но и государства, для чего также необходим судебный контроль. Поэтому вряд ли верно утверждение, что суд контролирует не следствие, а соблюдение прав человека на следствии (Указ. соч., с. 73), хотя, конечно, главная задача судебного контроля — защитить человека от произвола следственной и прокурорской власти.

32

стражу пользовались не прокуроры, а судебные следователи и суды. В СССР вплоть до 1929 г. существовал судебный порядок заключения под стражу. Основы уголовного судопроизводства 1924 г. установили, что органы дознания о всяком произведенном аресте должны были сообщать суду, который либо подтверждал арест, либо отменял его: В конце 20-х годов была проведена упоминавшаяся реформа, после которой санкции на аресты стали давать прокуроры без права обжалования в суд.

В дальнейшем была предпринята попытка вернуться к судебному порядку ареста. В проекте Конституции 1936 г. говорилось: «...По истечении определяемого законом срока должны быть представлены в суд доказательства необходимости содержания арестованного под стражей, либо последний должен быть освобожден»¹. Условия того времени, к сожалению, не позволили реализовать эту идею. Однако она нашла отражение во многих теоретических исследованиях². Конституция РФ (ст. 22) предусматривает судебный порядок арестов, при котором следственные органы и прокуратура могли бы лишь ходатайствовать перед судом о выдаче решения об аресте.

Судебный порядок выдачи ордера (приказа) на арест существует во многих странах — США, Англии, ФРГ, Франции и др. Преимущество судебного порядка санкционирования арестов состоит в том, что решение следователя или прокурора об аресте проверяется органом, не зависящим от следствия и прокурорского надзора. Судья не отвечает за раскрываемость преступлений и качество следствия, он не связан обвинительной установкой и узковедомственными интересами и поэтому способен наилучшим образом защитить права граждан.

После принятия Конституции РФ (1993 г.) прошел довольно продолжительный срок, достаточный для того, чтобы реализовать Заключительные и переходные положения, которые до сих пор препятствуют применению ст. 22 Конституции, предусматривающей выдачу судебного решения на право следственных органов и прокуратуры заключать лицо под стражу. При ратификации Европейской конвенции о защите прав человека и основ-

¹ Цит. по: Рудтский Ф. М. Основные теоретические проблемы конституционного права неприкосновенности личности в СССР. Тр. Высш. Следств. Школы МВД СССР. Волгоград, вып. 6, с. 61—62.

² Хоммадов О. Меры пресечения в уголовном, процессе (по материалам Туркменской ССР). Автореф. дисс. канд. юрид. наук.; М., 1973, с.-111; Горшенев А. П., Корнуков В. М., Конституционное право на неприкосновенность личности и его обеспечение в советском уголовном процессе. Учен. Зап. Саратовск. Юрид. ин-та, 1970, вып. 19, с. 102; Гулиев В. Е., Рудинский Ф. М. Социалистическая демократия и личные права. М., 1984, с. 118.

33

ных свобод (1998 г.) Россия сделала оговорку, что ст. 5 этой Конвенции, предусматривающая судебный порядок санкционирования арестов, пока применяться не будет. Такая позиция может быть объяснена не только трудностями объективного характера, но и определенной теоретической концепцией, суть которой передана следующим образом: «...Не продуманы либо, скорее, конъюнктурны положения Конституции, возлагающие на суд обязанность санкционировать аресты и даже обыски не приведет ли это к объединению следственной и судебной власти?»¹. И далее: если суд санкционирует арест, обыск, то он «станет заложником принятых им же решений»².

Такие опасения лишены оснований. Санкционирование арестов судом ведет не к объединению, а к разъединению судебной и следственной властей. Вводится новое контролирующее звено — независимый и беспристрастный суд, который, санкционируя аресты, заботится не только об установлении истины по уголовному делу, но и о правах человека. Судья, выдавший решение на арест, в дальнейшем не будет «заложником» этого решения, так как дело по существу будет рассматривать другой судья³. Судебный порядок санкционирования арестов установлен Международным пактом о гражданских и политических правах, Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, которые в силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ являются составной частью российской правовой системы. Судебный порядок выдачи разрешений на арест человека — достояние мировой правовой культуры, результат длительного процесса развития цивилизации.

Желательно установить примерно следующую процедуру выдачи судебного решения на арест. Орган дознания, следователь или прокурор, получив достаточные для ареста данные, составляют документ, который можно именовать ходатайством (в англ-

1 Якимович Ю. К. Избранные статьи (1985-1996 гг.). Томск, 1997, с. 49.

2 Там же, с. 55.

3 На практике могут возникнуть трудности при введении такого правила, так как в России около 1/3 судов — односоставные. Однако можно учредить при каждом районном (городском) суде должность судьи, который занимался бы рассмотрением ходатайств следственных органов об арестах, других процессуальных действиях, требующих судебных санкций, а также жалоб на действия и решения следователя и прокурора.

Существует также точка зрения, что судья, санкционирующий арест или другое следственное действие, не может быть предубежденным по вопросу о виновности обвиняемого, поэтому он мог бы в дальнейшем рассматривать данное дело по существу, как это имеет место, например, в Англии (Лазарева В. Теория и практика судебной защиты в уголовном процессе. Самара, 2000, с. 83).

ло-американском праве — это аффедевит, или информация) и представляет его в суд. В ходатайстве должны быть указаны доказательства, обосновывающие необходимость ареста, и точные данные о личности, подлежащей аресту.

Ходатайство должно рассматриваться единолично судьей в закрытом судебном заседании при обязательном участии представителя органа дознания, или следователя, или прокурора, который должен подтвердить присягой достоверность приведенных им данных. Прокурору

следовало бы предоставить право поддерживать ходатайство органа дознания или следователя в суде. По указанию судьи в заседание могут быть вызваны и допрошены лица, показания (сообщения) которых обосновывают ходатайство об аресте. Судья может также истребовать и проверить документы и вещественные доказательства, подтверждающие необходимость ареста.

Проверив обоснованность ходатайства, судья выдает органу дознания (следователю, прокурору) ордер на арест (или приказ об аресте) или отказывает в аресте. При этом он мог бы распорядиться об избрании другой меры пресечения (например, залога).

Судебный контроль должен распространяться и на задержания. В соответствии с ч. 3 ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод каждое задержанное или арестованное лицо незамедлительно доставляется к судье или другому должностному лицу, уполномоченному законом осуществить судебные функции, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока. Законодательство России не предусматривает доставку задержанного (арестованного) не только к судье, но и к прокурору. При даче санкций на арест прокурор опирается лишь на письменные материалы дела и задержанного (арестуемого) не допрашивает (кроме ареста несовершеннолетних). При ратификации Европейской конвенции (1998 г.) Государственная Дума сделала оговорку, согласно которой Россия не может выполнить предписание Конвенции о доставлении каждого задержанного (арестуемого) к судье.

До вступления в силу ст. 22 Конституции РФ, допускающей аресты только по решению суда, Федеральным законом РФ от 23 мая 1992 г. введен «промежуточный вариант» — судебный контроль за законностью и обоснованностью ареста как меры пресечения, применяемой дознавателем или следователем и санкционируемой прокурором.

Этот институт впервые был введен в Англии в 1679 г. (Habeas Corpus Act) и получил признание во всем мире. По данным за 1994 г., в РФ было дано санкций на арест — 404 327, из них об-

35

жаловано в суд - 65 218 (16%), удовлетворено 13 021 (20%)¹. В дальнейшем число жалоб держалось, в основном на прежнем уровне : 1997 г. — 67 915, удовлетворено-13 172 (18,4%), 1998 г. - 67 507, удовлетворено - 11 121 (16,5%). В 1999 г, было удовлетворено 15% жалоб.

Закон допустил принесение в суд жалоб на незаконность и необоснованность ареста, в частности, и при продлении прокурором срока ареста. Право на подачу жалобы принадлежит арестованному² подозреваемому или обвиняемому, его защитнику или законному представителю. Важно подчеркнуть, что судом проверяется не только соблюдение формальных (процессуальных) условий ареста, но и достаточность фактических оснований, характеристика личности обвиняемого, состояние его здоровья, вероятность уклонения от следствия и суда и т. д.).

Жалоба подается в суд по месту нахождения места лишения свободы или месту жительства жалобщика непосредственно или через дознавателя, следователя, прокурора, ведущих следствие. Администрация места лишения свободы обязана не позже чем через 24 часа после подачи жалобы направить ее адресату и уведомить об этом прокурора.

Дознаватель, следователь, прокурор обязаны представить в суд материалы, подтверждающие законность и обоснованность ареста, необходимость продления его срока, а если считают

нужным, то и свои объяснения по данному поводу. Под материалами желательно понимать подлинные материалы уголовного дела (процессуально закрепленные доказательства), а не их копии и тем более не выписки из дела³. Объяснения же — это аргументированные возражения против приведенных в жалобе доводов.

Судебная проверка законности и обоснованности ареста, в частности в связи с продлением его срока, производится судьей

1 Ивлиев Г. П. Основания и цели применения мер процессуального принуждения. — Государство и право, 1995, № 11, с. 71.

2 Право обжалования принадлежит также лицу, в отношении которого вынесено постановление о заключении под стражу, хотя бы и не исполненное. — Постановление Конституционного Суда от 3 мая 1995 г. по делу о проверке конституционности статей 220, 220' Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина А. В. Аветяна / Конституционный Суд Российской Федерации. Постановления. Определения. 1992—1996, с. 319—324.

3 Практика пошла по другому пути. В соответствии с п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ «О практике судебной проверки законности и обоснованности ареста или продления срока содержания под стражей» от 21 декабря 1993 г. в суд представляются копии постановления о возбуждении дела, протокола задержания, постановлений о привлечении в качестве обвиняемого, применении заключения под стражу, протоколов допросов подозреваемого и обвиняемого, сведения об их личности. Могут быть представлены и другие данные.

36

единолично в закрытом судебном заседании не позже чем через трое суток после поступления жалобы и обосновывающих ее материалов. Участие прокурора обязательно. Арестованный, подавший жалобу, а также его защитник вправе участвовать в заседании суда, знакомиться с материалами, представленными дознавателем, следователем, прокурором, и выступать с обоснованием жалобы. Судья выносит мотивированное постановление об отмене, изменении или оставлении без изменения меры пресечения. Если не были представлены материалы, обосновывающие арест, судья безусловно выносит постановление о его отмене.

Постановление судьи об отмене ареста приводится в исполнение немедленно, если подозреваемый (обвиняемый) участвует в судебном заседании¹. В остальных случаях освобождение от ареста по постановлению судьи производится тюремной администрацией немедленно после получения копии этого постановления. Лицо, освобожденное от ареста, может быть арестовано вторично лишь при появлении новых обстоятельств, делающих необходимым заключение его под стражу. В этих случаях допускается повторное обжалование ареста. Судья, проверявший законность и обоснованность ареста, не должен в дальнейшем рассматривать данное уголовное дело, чтобы сложившееся у него предубеждение не могло помешать вынесению правосудного приговора.

Решения судов об освобождении от арестов лиц, не нуждающихся в содержании под стражей, вызвали негативную реакцию у правоохранительных органов. Судей обвиняли в ложном либерализме, намекали на получение взятое за освобождение «новых русских» под

залог («правосудие для богатых»), приводили примеры, когда освобожденные под залог скрывались от следствия

1 Была предпринята попытка лишить судью права немедленно освободить из-под стражи лицо, арест которого признан незаконным или необоснованным, и обязать его ждать, пока частный протест прокурора не будет рассмотрен кассационной инстанцией. Такой закон был принят Государственной Думой РФ, но отклонен Президентом РФ, после чего Дума преодолела вето Президента, но Совет Федерации 15 октября 1997 г. отклонил Закон, принятый Думой (см. : Атака Госдумы на независимость суда отбита. — Российская юстиция, 1997, № 1, с. 15—16). Есть и противники этой точки зрения; полагающие, что судья не вправе освобождать лицо из-под стражи при удовлетворении жалобы на незаконный и необоснованный арест (см. : Михайлов В. А. Процессуальные сроки содержания обвиняемых под стражей. Москва — Тюмень, 1995, с. 52). Здесь должно действовать общее правило: при вынесении оправдательного приговора, прекращении судом уголовного дела, назначении наказания, не связанного с лишением свободы, изменении меры пресечения на менее строгую суд обязан немедленно освободить обвиняемого из-под стражи (ст. 319, ч. 3 ст. 354 УПК РСФСР).

37

и суда, настаивали на недопустимости освобождения из-под стражи прямо в зале суда до рассмотрения протеста прокурора. Такая антисудейская компания, к которой подключили и прессу, оказала сдерживающее влияние на суды.

Если из представленных материалов видно, что вина подозреваемого (обвиняемого) не доказана, суд не вправе входить в обсуждение этого вопроса и на этом основании освобождать его из-под стражи¹. Но в таком случае судья рискует санкционировать арест невиновного, и никто его в этом упрекнуть не может. Все-таки желательно, чтобы санкционирование ареста судьей зависело от какого-то стандарта доказанности обвинения.

Федеральный закон от 31 декабря 1996 г. (в редакции от 4 января 1997 г.), установил: в случае, когда ознакомление обвиняемого и его защитника с материалами дела до истечения предельного срока содержания под стражей невозможно, Генеральный прокурор РФ, прокуроры субъектов Федерации и приравненные к ним военные и иные прокуроры вправе не позднее пяти суток до истечения предельного срока содержания под стражей (18 месяцев) возбудить ходатайство перед судьей областного, краевого и приравненных к ним судов о продлении этого срока. Судья вправе продлить срок ареста до момента окончания ознакомления обвиняемого и защитника с материалами дела и направления прокурором дела в суд, но не более чем на шесть месяцев. В том же порядке срок содержания под стражей может быть продлен при необходимости удовлетворения ходатайства обвиняемого или его защитника о дополнении предварительного следствия (ч. 4, 5 ст. 97 УПК РСФСР).

В законе не прописана процедура рассмотрения судьей такого рода обращений. Возможно, она должна в известной мере совпадать с процессуальным порядком рассмотрения судьей ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, а пока такой порядок не введен в закон, не прописана и процедура рассмотрения судьей такого рода обращений. Возможно, она должна в известной мере совпадать с процессуальным порядком рассмотрения судьей ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под

стражу². Продление срока может быть неоднократным, но в сумме не должно превышать шести месяцев.

Некоторые авторы полагают, что для удовлетворения заявленных обвиняемым и защитником ходатайств срок содержания

1 Указанное постановление Пленума Верховного Суда РФ, п. 9.

2 О допущении такой аналогии см.: Определение Конституционного Суда РФ по делу «О проверке конституционности частей четвертой, пятой и шестой статьи 97 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР» от 25 декабря 1998 г.— Российская газета, 1999, 12 января.

38

под стражей может быть продлен еще на шесть месяцев и что, таким образом, предельный срок содержания обвиняемого под стражей — не два, а два с половиной года¹. С этой позицией нельзя согласиться. Формулировку «в том же Порядке» по продлении срока для удовлетворения ходатайств (ч. 5 ст. 97 УПК РСФСР) нельзя понимать как прибавление к двум годам еще шести месяцев ареста.

После принятия Конституции РФ 1993 г. на суды возложена обязанность контролировать предварительное следствие путем принятия решения не только о применении ареста, задержания, но и проведении других процессуальных действий, связанных с ограничением конституционных прав граждан,— обысков, выемок и осмотров в жилище, осмотра и изъятия почтово-телеграфной корреспонденции, прослушивания телефонных и иных переговоров. Помещение обвиняемого на экспертизу в психиатрическое учреждение — разновидность лишения свободы, поэтому в соответствии со ст. 22 Конституции РФ такая мера должна применяться тоже по решению суда. В ведение суда необходимо было бы передать выдачу судебных решений на право проведения и ряда других следственных действий, которые ныне производятся с - санкции прокурора,— отстранение обвиняемого от должности, избрание меры пресечения в виде залога. Если будут введены новые меры пресечения — домашний арест, передача обвиняемого под надзор милиции, то и их избрание, отмену и изменение следовало бы передать в ведение суда. В случаях противодействия обвиняемого (подозреваемого) проведению таких следственных действий, как экспертиза, освидетельствование, получение образцов для сравнительного исследования, наложение ареста на имущество, применение принуждения следовало бы допустить только по судебному решению.

Расширение судебной юрисдикции объясняется тем, что суд — более надежный гарант прав личности на предварительном следствии, чем прокурор. Он не связан ведомственными интересами, независим, не несет ответственности за раскрытие преступлений, ограничен рамками судебной процедуры,

В связи с введением судебного контроля за предварительным следствием возникает вопрос о его соотношении с прокурорским надзором.

1 Савицкий В. Последние новеллы УПК: порядок и сроки содержания под стражей,— Российская юстиция, 1997, № 5, с. 18; Ларин Л. Новый порядок продления (фоксов содержания под стражей может привести к нарушению прав человека,— Российская юстиция, 1997, № 3, с. 28; Налимов В. О предельном сроке содержания обвиняемого под стражей.—Российская юстиция, 1998, №8, с. 41.

39

В англо-американской системе права полиция напрямую может обратиться к судье-магистрату за получением ордера на арест, обыск, прослушивание телефона и т. д. В континентальной системе права (Франция, ФРГ) прокурор контролирует, в большей или меньшей мере, обращение полиции в суд или даже сам санкционирует следственные действия, сопряженные с ограничением конституционных прав граждан, с последующим судебным контролем за законностью выданных санкций и решением вопроса о допустимости; полученных таким образом доказательств. В соответствии с УПК ФРГ к прерогативам судьи относятся помещение обвиняемого для наблюдения в психиатрическую больницу (§ 1) и арест (§114).

К компетенции судьи относятся также: выдача разрешений на вскрытие и эксгумацию трупа (§ 87); выемка предметов и документов (§ 98); выемка почтовой корреспонденции (§ 100); контроль и запись телефонных переговоров (§ 100-6); обыск (§ 105); арест имущества (§ 111-е), но в неотложных случаях разрешение на производство перечисленных следственных действий может быть дано прокуратурой. Однако ее постановление утрачивает силу и обнаруженные доказательства признаются недопустимыми, если предписание прокурора не будет в течение трех дней подтверждено судьей. В ФРГ прокуроры и вспомогательные чиновники криминальной полиции образуют единую систему, поэтому ходатайствовать перед судьей о выдаче судебного приказа на право проведения вышеуказанных следственных действий может либо сам прокурор, либо находящиеся в его подчинении вспомогательные чиновники полиции (Hilfsbeamte).

Во Франции следственный судья является представителем судебной власти. Поэтому он не нуждается в обращении к кому-либо за получением права на обыск, выемку и другие следственные действия. Дела о менее тяжких преступлениях (проступках) ведут должностные лица и агенты полиции, которые действуют под руководством и наблюдением прокурора. С разрешения прокурора проводятся следственные действия, ограничивающие конституционные права граждан. Судебная полиция выполняет также поручения судебного следователя (ст. 14, 38, 41, 100 УПК Франции). Действия полиции, прокурора и следственного судьи в стадии предварительного расследования могут быть обжалованы в обвинительную камеру апелляционного суда.

Если исходить из исторических традиций, то России ближе континентальная модель предварительного расследования, но англо-американская система, на мой взгляд, предпочтительней. Нет смысла иметь на предварительном следствии как бы двойной заслон от ошибок и злоупотреблений. При хорошо поставленном

40

судебном контроле прокурорский надзор за проведением указанных следственных действий становится излишним. Нет надобности в том, чтобы одни и те же контрольные функции выполняли разные органы. К тому же никто не собирается аннулировать прокурорский надзор полностью — он сохраняется в отношении тех следственных действий, которые проводятся без судебного решения¹. Надо учитывать и чисто прагматические соображения.

Прокуратура просто не справится с тем объемом работы, который ее ждет, если перед обращением в суд следственные органы всякий раз будут получать прокурорскую санкцию и если, дав такую санкцию, прокурор будет к тому же участвовать в судебном заседании, добиваясь решения судьи о проведении следственного действия, ограничивающего конституционные права гражданина. Таких следственных действий — миллионы, и по каждому надо изучить уголовное дело, дать санкцию (согласие) и выступить в суде. Все это сделать добросовестно — просто невозможно. Может быть, всех устроил бы такой вариант: следственный орган перед тем, как обратиться к судье непосредственно, ставит об этом в известность прокурора и при отсутствии его возражений передает материалы в суд, где сам же обосновывает необходимость проведения следственного действия. Но, если прокурор считает, что его участие в суде будет способствовать принятию законного и обоснованного решения, то ему не следовало бы в этом отказываться².

К сожалению, противоречия и пробелы в законодательстве снижают эффективность судебного контроля за предварительным расследованием и ОРД,

В части 2 ст. 23 Конституции РФ установлено, что каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, поч-

¹ Неприемлемо мнение, что судебный контроль «лишь дополняет прокурорский надзор» (Токарева М. Е. Современные проблемы законности и прокурорский надзор в досудебных стадиях уголовного процесса. Дисс. доктора юрид. наук в форме научного доклада, М., 1997, с. 12). Не может быть «дополнением» контроль за соблюдением наиболее важных, конституционных прав человека.

² По данному вопросу возник межведомственный спор. Прокурор М. Шалумов утверждает, что все обращения в суд с ходатайствами о проведении следственных действий необходимо «согласовывать с надзирающим прокурором» либо «предоставить право на обращения в суд... самому прокурору» (Шалумов Л/. Согласие прокурора на арест — бюрократическая проволочка нпг осознанная необходимость? — Российская юстиция, 1997, № 2, с. 42—43). Бывший заместитель министра внутренних, дел И. Кожевников, напротив, считает, что «предварительное согласование с прокурором обращений в суд ущемляет процессуальную самостоятельность следователя и приведет к неоправданным затратам времени, бюрократической волоките...» (Российская юстиция, 1997, № 12, с. 23).

41

товых, телеграфных и иных сообщений; ограничение этого права допускается только на основании судебного решения. Однако не отменена противоречащая Конституции РФ ст. 174 УПК РСФСР, предусматривающая санкционирование такого рода действий прокурором. В отличие от этого Закон РФ от 5 июля 1995 г. «Об оперативно-розыскной деятельности»¹ предусматривает возможность осмотра почтово-телеграфной корреспонденции только по решению суда. Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 24 декабря 1993 г. № 13 «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и 25 Конституции Российской Федерации»² предложил судам принимать к рассмотрению ходатайства как следственных органов, так и сотрудников ОРД о задержании и осмотре почтово-телеграфной корреспонденции, прослушивании телефонных и иных переговоров. Однако процедура рассмотрения таких ходатайств не была установлена. Возможно, она должна в известной мере совпадать с процессуальным порядком рассмотрения судьей ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, а пока он не введен, могла бы по аналогии

применяться процедура обжалования в суд арестов, предусмотренная ст 2201 УПК РСФСР (участие прокурора, предоставление материалов, обосновывающих необходимость продления содержания Под стражей, допущение защитника при наличии его ходатайства об этом и др.)³. Закон не устанавливает исчерпывающий круг лиц, переговоры которых разрешается контролировать, затрудняя тем самым судебный контроль за законностью соответствующих следственных действий.

Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции о защите прав человека и основных свобод» от 20 марта 2001 г.⁴ ввел в УПК РСФСР новое следственное действие — контроль и запись телефонных и иных переговоров, допускаемые только по делам об особо тяжких и тяжких преступлениях. Это следственное действие проводится по ходатайству следователя на основании постановления судьи, который обязан рассмотреть такое ходатайство в течение шести

1 СЗ РФ, 1995, № 33, ст. 3349.

2 Сб. постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по уголовным делам. М., 1995.

3 О допущении такой аналогии см.: Определение Конституционного Суда РФ по делу «О проверке конституционности частей четвертой, пятой и шестой статьи 97 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР» от 25 декабря 1998 г. Российская газета, 1999, 12 апреля.

4 Российская газета, 2001, 23 марта.

42

часов после его поступления. Допускается прослушивание телефонных и иных переговоров не только обвиняемых и подозреваемых, но и лиц, которые могут располагать сведениями о совершенном преступлении. Запись прослушанных переговоров может быть использована в качестве доказательства по уголовному делу.

До сих пор не установлен судебный контроль за проникновением в жилища граждан. В ст. 25 Конституции РФ имеется логическое противоречие: законное проникновение в жилище допускается или в случаях, установленных законом, или по судебному решению. Получается, будто выдача судебного решения производится в случаях, не установленных законом. На самом деле смысл данной нормы в том, что закон должен предусматривать все случаи правомерного проникновения в жилище; кроме того, в ряде случаев требуется еще и предварительное судебное решение. В каких именно случаях должно быть получено судебное решение,— Конституция РФ не поясняет.

По действующему процессуальному законодательству судебное решение для проникновения в жилище вообще не требуется, что противоречит положениям ст. 25 Конституции РФ.

В Документе Московского совещания по человеческому измерению СБСЕ говорится: «...Государства-участники обеспечат, чтобы обыски... частных помещений и имущества производились лишь в соответствии с такими нормами, которые обеспечены судебной защитой» (п. 24). Эти положения остались декларативными, поскольку не были конкретизированы в российском отраслевом законодательстве. Поэтому необходимо в

законодательном порядке установить все основания и процедуры проникновения в жилище, четко определив в законе случаи, когда для этого требуется судебное решение. Не следовало бы прибегать к судебному решению в чрезвычайных ситуациях (пожары, землетрясения, аварии и т. п.), а также в устанавливаемых законом случаях, когда преследуемый подозреваемый скрылся в жилище; когда из жилища раздается крик о помощи; когда в жилище совершается преступление или раздается стрельба (эти правила должны устанавливаться полицейским законодательством), а также в неотложных случаях проведения в жилище осмотра места происшествия. В этих случаях достаточен последующий судебный контроль. Но судебное решение совершенно необходимо в ситуациях, когда дознаватель, следователь, прокурор, оперативный работник намерены проникнуть в жилище с целью обнаружения писем, дневников, других частных бумаг, предметов, могущих быть вещественными доказательствами, установки аудио-, кино-, ви-

43

деоаппаратуры и обследования жилища в оперативно-розыскном порядке¹.

Исходя из нечеткой формулировки ст. 25 Конституции РФ, законодатель, не отменяя ст. 168 УПК РСФСР, предусматривающую производство обыска (в том числе в жилище), с санкции прокурора, не внес изменений в ст. 167 УПК РСФСР, допускающую производство выемки в жилище без санкции прокурора. Поэтому вопреки Конституции вхождение в жилище без согласия проживающих в ней лиц для производства обыска, выемки, осмотра не подконтрольно суду. Прокуратура ссылается на то, что опираясь на ст. 25 Конституции РФ, она действует в соответствии с законом (УПК), а не судебным решением. Обыски и выемки — это наиболее серьезное и глубокое проникновение органов государства в частную жизнь граждан. И если для их проведения не требуется судебное решение, то возникает вопрос: в каких же тогда случаях необходимо судебное решение, о котором говорится в ст. 25 Конституции РФ?

К тому же в УПК РФ отсутствует понятие жилища, что затрудняет выдачу санкций и судебных решений на производство обысков, выемок и осмотров.

Упомянутый Федеральный закон от 20 марта 2001 г. дополнил ст. 139 УК РФ примечанием следующего содержания: «Под жилищем в настоящей статье, а также в других статьях настоящего Кодекса понимаются индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и пригодное для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящие в жилищный фонд, но предназначенные для временного проживания».

¹ Пленум Верховного Суда РФ, воспроизведя формулировку ст. 25 Конституции РФ, не решил вопрос, когда вхождение в жилище должно производиться только по судебному решению, а когда — с санкции прокурора или вообще без таковой. Пленум не установил процедуру рассмотрения в судах материалов, обосновывающих необходимость вхождения в жилище. В законе такая процедура тоже отсутствует (см.: упомянутое выше постановление Пленума Верховного Суда РФ № 13 от 24 декабря 1993 г.). Нельзя согласиться с авторами, полагающими, что отсутствие процедуры, устанавливаемой законом, не препятствует прямому действию Конституции РФ (Алексеева Л. В., Жуйков В. М., Лукашук И. Я. Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации. М., 1996, с. 88). Применение Конституции РФ без процедуры, когда она должна был,

согласно Конституции установлена законом,— это произвол. И Пленум Верховного Суда РФ тут помочь не может,— нужен закон, которого нет. А нет закона,—действие Конституции парализовано.

44

Это достаточно подробное определение все же не вполне годится для уголовного процесса, где при производстве обысков и выемок к жилищу должны быть приравнены личный автомобиль, гараж и некоторые другие помещения, не предназначенные для проживания (сарай и другие нежилые помещения, находящиеся на приусадебном участке).

Возникла парадоксальная ситуация: Федеральный закон об ОРД 1995 г, предусмотрел обязательность получения судебных решений на осмотр почтово-телеграфной корреспонденции, вхождение в жилище вопреки воле проживающих в нем лиц, а УПК РСФСР и формируемая им практика остались на старых позициях, противоречащих российской Конституции. Возникает вопрос: охватывается ли понятием правосудия деятельность судьи по рассмотрению ходатайств следственных органов о проведении обысков, выемок, других следственных действий, связанных с ограничением конституционных прав граждан, о заключении обвиняемого под стражу, продлении срока ареста? Эта сторона деятельности суда до последнего времени выпадала из общего определения правосудия, под которым единодушно понималось рассмотрение и разрешение судом уголовных и гражданских дел в установленных законом процессуальных формах. Сомнения возникли в связи с тем, что при выдаче решений об обыске, аресте и т.п. судья рассматривает не все уголовное дело, а лишь отдельные его материалы (и то не всегда), и не разрешает дело полностью, а ограничивается выдачей санкции на проведение отдельных процессуальных действий, притом не в стадии судебного разбирательства, где он «хозяин» (*dominus litis*), а на предварительном следствии, за которым надзирает прокурор.

И тем не менее судья в этой ситуации осуществляет деятельность, являющуюся элементом правосудия. Это не само предварительное следствие, а судебный контроль за ним. Это и не прокурорский надзор, для которого характерен командный стиль руководства предварительным следствием, чего не скажешь о суде. Рассматривая ходатайства о проведении обыска, выемки, ареста и т. д., судья продолжает выполнять судебскую функцию, решая конкретный процессуальный вопрос, возникающий на предварительном следствии. Такого рода вопросы (о выемке, аресте и др.) судья или суд решают и в стадии судебного разбирательства, но тогда их отнесение к правосудию ни у кого не вызывает сомнения. Процедура выдачи судьей решений о производстве следственных действий, ограничивающих конституционные права граждан, является именно судебной (официальное судебное заседание, выступление должностного лица, подавшего ходатайство, оглашение и исследование представленных документов, истребование новых документов, вынесение решения). Желательно придать

45

этой процедуре еще более судебный характер, допустив возможность исследования доказательств, подтверждающих или опровергающих ходатайство. Напрашивается аналогия с предварительным слушанием уголовного дела, когда судья в судебном заседании единолично решает ряд правовых вопросов (в том числе о прекращении дела, о возвращении его на дополнительное расследование, об избрании, отмене или изменении меры пресечения, о вызове свидетелей и т. д.), осуществляя тем самым правосудие. Но поскольку судья, выдавая решения на право производства следственных действий, не разрешает дело в целом,

можно с известной долей осторожности говорить о наличии элементов правосудия на предварительном следствии¹.

Введение судебного контроля за предварительным расследованием вызывает активное противодействие со стороны прокуратуры, МВД и состоящих у них на службе научных сотрудников. Против судебного контроля приводятся следующие доводы: для решения вопроса о законности ареста достаточно жалобы прокурору, судья свяжет себя принятым на следствии решением²; санкционирование ареста судом ломает отлаженную систему³; этот институт заимствован из англо-американского процесса и связан с отступлением от российской традиций; вводится состязательность на предварительном следствии, но в нашем процессе этого не должно быть⁴; недопустимо выполнение надзорной функции сразу двумя органами — прокуратурой и судом; суд не может обеспечить постоянный и оперативный характер надзора; суды не готовы к этой работе и не справятся с ней⁵; судебный контроль нарушает тайну следствия; недопустимо возлагать на суды принятие решений о прослушивании телефонных переговоров и наложении ареста на почтово-телеграфную корреспонденцию, поэтому надо приостано-

1 Рассматриваемый вопрос является спорным. Высказано мнение, что «судебный контроль вполне укладывается в привычные представления о правосудии...» (Лазарева В. А. Судебная власть и ее реализация в уголовном процессе. Самара, 1999, с. 42).

2 Джатиев В. О. О противоречиях в российском уголовном процессе. Владикавказ, 1994, с. 61, 64—65.

3 Бойков А. Д. Прокуратура и судебная власть.— Проблемы уголовного судопроизводства. Москва — Кемерово, 1998, с. 48.

4 Токарева М. Е. Современные проблемы законности и прокурорский надзор в досудебных стадиях уголовного процесса. Дисс. на соискание учен степ. доктора юрид. наук в форме научного доклада. М., 1997, с. 12.

5 Якимович Ю. К. Избранные статьи. (1985—1996 гг.). Томск, с. 49; Новицкая И. В. Актуальные проблемы прокурорского надзора в проекте нового УПК РФ — Проект УПК и проблемы правоприменительной деятельности / Под ред. Зеленского В. Д. и др. Краснодар, 1999, с. 105.

46

вить действие ст. 23, 25 Конституции РФ и восстановить прокурорский порядок выдачи санкций¹; «у судьи нет существенных преимуществ и процессуальных возможностей по сравнению с прокурором²; в УПК РФ не воспроизводить ст. 22 Конституции РФ («время не настало»)³; отменить ст. 22, 25 Конституции РФ, так как «судебный контроль не должен предшествовать оперативным действиям по раскрытию преступления»⁴.

Все эти доводы несостоятельны. Судебный контроль за предварительным, расследованием существует не только в странах англо-американской системы права, но и во многих других цивилизованных странах — ФРГ, Франции, Италии, Австрии, Швейцарии и т. д. Этот контроль предусмотрен ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая стала составной частью российского права после ее ратификации Россией в 1998 г. Перенимать такой опыт совсем не стыдно, и это не противоречит российской

традиции, поскольку еще в 1992 г. в РФ было допущено обжалование арестов в суд (ст. 220, 2201 УПК РСФСР). Судебный контроль, действительно, связан с усилением состязательного начала на предварительном следствии, и это делает наш процесс более эффективным и обеспечивающим более надежную защиту прав его участников. Конституция РФ (ст. 123) ввела состязательность как принцип всего судопроизводства⁵. Европейская конвенция (ст. 6) и практика Европейского Суда распространяют состязательность и на стадию предварительного расследования. Размежевать надзорные функции прокуратуры и суда несложно. Суд контролирует следственные действия, проведение которых сопряжено с ограничением конституционных прав граждан, и в порядке ст. 46 Конституции РФ рассматривает жалобы на незаконные действия и решения органов доз-

1 Соловьев А., Якубович Н. Предварительное расследование и прокурорский надзор в свете судебной реформы. — Законность, 1995, № 8, с. 2—7.

2 Федоров И. 3. Применение в досудебных стадиях уголовного процесса конституционных норм, допускающих ограничения прав и свобод человека и гражданина. Автореф. дисс. канд. юрид. наук. М., 1998, с. 21.

3 Михайлов В. А. Меры пресечения в российском уголовном процессе. М., 1996, с. 254.

4 Бойков А., Скворцов К., Рябцев В. Проблемы развития правового статуса Российской прокуратуры. — Уголовное право, 1999, № 2, с. 13.

5 Нельзя согласиться с мнением, что понятием судопроизводства не охватывается предварительное расследование (Лебедев В. М. Становление и развитие судебной власти в Российской Федерации. М., 2000, с. 72). Достаточно указать на капитальный труд И. Я. Фойницкого «Курс уголовного судопроизводства» (Изд. 2. СПб. 1912, т. 1, 2) и Устав уголовного судопроизводства 1864 г., чтобы убедиться, что такая точка зрения отходит от российской традиции.

47

нения, следствия и прокурора. Все остальное — объект прокурорского надзора. При соблюдении Европейской конвенции (ст. 5) суды могут постоянно и оперативно контролировать органы дознания и следствия. В частности, все задержанные будут в течение 24 часов доставляться к судье для проверки законности задержания. Скрывать от судов следственную тайну не стоит. Отменить судебный контроль за законностью арестов, прослушивания телефонных переговоров, перлюстрации корреспонденции и приостановлении действия соответственно ст. 22, 23, 25 Конституции РФ — такие предложения можно расценить как стремление вернуться назад, к полицейскому государству. В правовом государстве такие действия возможны только по судебному решению¹.

В соответствии со ст. 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод; решения, действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд. Несомненно, что дознаватель, следователь и прокурор являются должностными лицами, поэтому все участники процесса и другие заинтересованные лица в полной мере могут воспользоваться этой важной гарантией.

Однако ст. 218 УПК РСФСР предусматривает, что жалобы на действия органа дознания или следователя подаются прокурору, а жалобы на действия и решения прокурора приносятся вышестоящему прокурору (ст. 220 УПК РСФСР). Налицо явное противоречие, которое должно решаться в пользу высшего по юридической силе закона — Конституции РФ. К тому же бросается в глаза, что в соответствии со ст. 218 УПК можно обжаловать прокурору лишь действия органа дознания, тогда как вышестоящему прокурору обжалуются как действия, так и решения. Несомненно, что должно быть допущено обжалование и решений следователя, органа дознания. Возникает вопрос: все ли действия и решения органа дознания (дознателя) и следователя могут быть обжалованы в суд? Статья 46 Конституции РФ на этот счет как будто не оставляет сомнений. Однако на практике применяется прокурорский порядок обжалования, и ст. 218, 220 УПК РСФСР остаются действующими. Но наблюдается стойкая тенденция к постепенному внедрению в законодательство и

1 Обстоятельную и убедительную аргументацию, обосновывающую необходимость и полезность судебного контроля за предварительным следствием, см.: Решение № 1 Совета по судебной реформе при Президенте РФ «Перспективы судебной реформы в Российской Федерации в связи с ее вступлением в Совет Европы». — Российская юстиция, 1997, № 6, с. 5. См. также: Лазарева В. А. Судебная власть и ее реализация в уголовном процессе. Самара, 2000.

48

практику судебного порядка обжалования решений и действий прокурорско-следственных органов. Первый шаг в этом направлении был сделан упоминавшимся Законом от 23 мая 1992 г., допустившим обжалование в суд незаконных и необоснованных арестов. Действие этого закона затем было распространено на обжалование задержания, поскольку оно является в сущности кратковременным арестом и применяется в тех же целях. Далее Конституционный Суд разъяснил, что может быть обжаловано само постановление об аресте, еще не приведенное в исполнение. В этих случаях важно констатировать, что отсутствовали сами основания для ареста¹.

Далее этот институт развивался усилиями Конституционного Суда РФ, который принял ряд принципиально важных постановлений.

КС признал неконституционной ч. 5 ст. 209 УПК РСФСР, которая позволяла обжаловать постановление следователя о прекращении уголовного дела только прокурору. Как видно из постановления КС по делу о проверке конституционности ч. 5 ст. 209 УПК РСФСР от 30 ноября 1995 г. в связи с жалобами Р. Н. Самигулиной и А. А. Апанасенко, заинтересованные лица могут обжаловать прекращение дела на предварительном следствии также и в суд².

Из постановления КС по делу о проверке конституционности ст. 113 УПК РСФСР от 29 апреля 1998 г. следует, что не соответствует Конституции РФ ч. 4 ст. 113 УПК РСФСР³, которая не допускает обжалование в суд отказа в возбуждении уголовного дела. Притом право обжалования должно принадлежать любому заинтересованному лицу⁴.

Принципиальное значение имеет постановление КС по делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и

1 Постановление Конституционного Суда РФ от 3 мая 1995 г. по делу о проверке конституционности ст. 220 и 220' УПК РСФСР в связи с жалобой В. А. Аветяна. — Конституционный Суд РФ. Постановления. Определения. 1992-1996, с. 319-324.

2 Конституционный Суд Российской Федерации. Постановления. Определения. 1992-1996, с. 367-370.

3 Российская газета, 1998, 7 мая.

4 Вряд ли обоснована критика указанных выше двух Постановлений КС, которая сводится к тому, что, признавая отказ в возбуждении уголовного дела и прекращение дела необоснованными, суд якобы выполняет несвойственную ему обвинительную функцию (Лебедев В. М. Становление и развитие судебной власти в Российской Федерации. М., 2000, с. 76).

Суд, не предрешая вопроса о виновности, должен защищать интересы не только обвиняемых, но и лиц, считающих себя пострадавшими от преступления.

49

ст. 220 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан В. К. Борисова, Б. А. Кехмана и др.¹

Полагая, что положения, содержащиеся в указанных статьях УПК РСФСР, противоречат Конституции РФ, КС признал право граждан на обжалование в суд бездействия следственных органов, приведшего к необоснованному приостановлению производства по уголовному делу, продления срока предварительного расследования по делу, нарушения неприкосновенности жилища, в частности производства обыска (в результате которого были сначала изъяты, а потом утеряны материальные ценности), наложения ареста на денежные средства.

При этом КС пояснил, что «отложение проверки законности и обоснованности таких действий до стадии судебного разбирательства может причинить ущерб, возмещение которого в дальнейшем окажется неосуществимым»².

Изложено мнение, что приостановление производства по делу и продление срока следствия не должны быть предметом судебного обжалования, поскольку это ограничивало бы самостоятельность следователя и не могло бы обойтись без вторжения суда в весь ход предварительного следствия (особое мнение судьи КС Н. В. Витрука)³. С этим мнением нельзя согласиться. Закон формулирует основания приостановления дел (ст. 195 УПК РСФСР), и суд без вмешательства в ход следствия может проверить правильность их применения. Проверка судом оснований продления срока следствия — не покушение на самостоятельность следователя, а выявление неосновательной медлительности, причинившей вред интересам государства и граждан.

В постановлении КС по делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР в связи с жалобами граждан от 2 июля 1998 г.⁴ установлено, что некоторые судебные действия, затрагивающие конституционные права граждан, могут быть обжалованы в суд второй инстанции еще до вынесения приговора. Это, в частности направление дела для доследования, сопряженное с применением мер пресечения или иных принудительных мер, избрание или изменение меры пресечения, помещение лица на экспертизу в психиатрическое учреждение, приостановление производства по делу.

1 Юридический вестник, 1995, июнь, № 11.

2 Там же.

3 Это мнение разделяет и В. М. Лебедев (Указ, соч., с. 80).

4 Конституционный Суд Российской Федерации. Постановления. Определения. 1997-1998, с. 279-287.

50

Напрашивается аналогия: если обжалование допустимо в названных ситуациях в суде до передачи дела в вышестоящий суд, то его следовало бы признать возможным и на предварительном следствии, не дожидаясь поступления дела в суд первой инстанции.

Следует иметь в виду, что КС не вправе выйти за пределы обращения, в котором ставится под сомнение конституционность того или другого закона. Надо полагать, что число обращений, в которых ставится вопрос о расширении оснований для обжалования в суд действий и решений органа дознания, следователя и прокурора, будет все время возрастать. Не лучше ли констатировать: все такие действия и решения могут быть обжалованы в суд. Некоторые авторы так и утверждают¹.

Других смущает огромный объем обжалования, слишком глубокое вторжение суда в следственную работу, возможное увеличение процессуальных сроков. Отсюда некоторая противоречивость суждений. Например, М. Е. Токарева считает, что если участники процесса будут обжаловать в суд любые действия следователя, то следствие будет парализовано. Предлагается обжаловать лишь нарушения конституционных прав в случаях, когда это препятствует передаче дела в суд². Но понятие «конституционные права» довольно неопределенно (см. ниже). К тому же нарушения конституционных прав на предварительном следствии, если они не исправлены, всегда препятствуют направлению дела в суд.

В. Лазарева, глубоко исследовавшая эту проблему, присоединяется ко взгляду, что «заинтересованным лицам должна быть обеспечена возможность незамедлительного обращения в ходе расследования с жалобой в суд»³. Но тут же делает оговорку: «...Решения тактического характера, нарушения отдельных процессуальных правил, непредоставление процессуальных прав участникам... следственных действий, если они не нарушают конституционных прав и свобод, не требуют немедленного вмешательства суда...»⁴.

1 См.: Концепция судебной реформы. М., 1992, с. 44; Ларин А. Постановление следователя об отказе в возбуждении уголовного дела можно обжаловать в суд. - Российская юстиция, 1998, № 9, с. 18.

2 Токарева М. Е. Проблемы регламентации правового статуса основных участников предварительного расследования преступлений. — Современные проблемы уголовного права, уголовного процесса, криминалистики, прокурорского надзора. М.- СПб.— Кемерово. 1998, с. 14.

3 Лазарева В. Судебная власть и ее реализация в уголовном процессе, с. 86.

4 Там же, с. 87.

51

Это допущение открывает лазейку для многочисленных отказов в судебном обжаловании незаконных действий и решений следователя и прокурора. Сам по себе критерий «нарушение конституционных прав и свобод» выбран правильно, но он слишком абстрактен и поэтому требует конкретизации. Почти все права и законные интересы участников процесса можно представить как некоторую конкретизацию, детализацию конституционных прав личности. Если участник процесса обращается в суд с жалобой, значит он считает, что его законный интерес существенно нарушен. Отказать в рассмотрении такой жалобы на том основании, что якобы не усматривается нарушение конституционного права,— значит обмануть ожидания человека, пытавшегося прибегнуть к судебной защите. Таким образом, открывается слишком широкое и слабо контролируемое усмотрение в толковании понятия «конституционные права и свободы».

Но и закрытый перечень оснований для судебного обжалования нарушений закона на предварительном следствии дать невозможно. Слишком велик объем и разнообразен характер возможных нарушений.

Остается вариант, к которому склоняется автор этих строк, а именно: конкретизировать общий критерий «нарушение конституционных прав и свобод» путем указания не отдельных случаев, а блоков, группировок оснований, допускающих обжалование в суд незаконных действий и решений органа дознания, следователя и прокурора в стадии предварительного расследования.

Во-первых, должны подлежать обжалованию все следственные действия, имеющие целью обнаружение и процессуальное закрепление доказательств. Допустимо обжаловать в суд незаконные методы проведения допросов, очных ставок, опознаний, следственных экспериментов, проверки показаний на месте, других следственных действий, поскольку это нарушает конституционный принцип неприкосновенности личности (ст. 22 Конституции РФ). Возможно обжалование постановлений о производстве экспертиз, освидетельствований, получении образцов для сравнительного исследования, если их проведение, по мнению заинтересованного лица, причинит ущерб его чести и достоинству (ст. 21 Конституции РФ). Допустимо обжалование незаконных обысков, выемок, осмотров жилых помещений, поскольку такие действия нарушают конституционные права на неприкосновенность жилища, и частную жизнь граждан. Судья, посчитав такие действия незаконными, должен одновременно вынести постановление о признании полученных таким способом доказательств недопустимыми.

Судья, рассматривающий жалобу, должен иметь возможность заслушать жалобщика или его Представителя, следователя (доз-

52

навателя), проводившего обжалуемое действие, и при необходимости — допросить свидетелей, подтверждающих или опровергающих доводы жалобы. Для данной стадии процесса такая процедура была бы слишком сложна и разбирательство у судьи могло бы превратиться в уголовное или дисциплинарное преследование следователя. При этом нельзя предусмотреть, что судья направляет материалы, свидетельствующие о нарушениях

законности следователем, надзирающему или вышестоящему прокурору. Это поставило бы под сомнение саму идею обжалования в суд действий следователя.

Выход из ситуации видится в заимствовании своеобразного института — обвинительной камеры при апелляционном суде Франции и аналогичной камеры окружного суда дореволюционной России. Обвинительная камера выполняет следующие три функции: 1) предание суду, 2) контроль за следствием, 3) признание недопустимыми доказательств, полученных с нарушением закона. Обвинительная камера состоит из трех судей. В ее работе участвует генеральный прокурор при апелляционном суде. Обвинительная камера может признать недействительными отдельные следственные акты и производство в целом. Прокурор вправе подать в обвинительную камеру апелляцию на все постановления следственного судьи, а обвиняемый (защитник) и гражданский истец на те, которые их касаются.

Обвинительная камера может заслушать должностное лицо судебной полиции, действия которого обжалованы, и объявить ему замечание, временно или окончательно отстранить его от должности, а если оно совершило преступление,— направить материал Генеральному прокурору для производства расследования. Во-вторых, необходимо допустить обжалование в суд мер уголовно-процессуального принуждения — задержаний, мер пресечения в виде ареста, помещения в закрытое детское учреждение, а также домашнего ареста и передачи обвиняемого под наблюдение милиции (если две последние меры будут введены), поскольку эти меры ограничивают действие конституционного принципа свободы и неприкосновенности личности (ст. 22 Конституции РФ), подписки о невыезде, так как она ограничивает свободу передвижения (ст. 27 Конституции РФ), помещения обвиняемого в психиатрическое учреждение для проведения экспертизы (ограничение свободы и неприкосновенности личности — ст. 22 Конституции РФ). Из превентивных мер следует допустить обжалование в суд отстранение, обвиняемого от должности, поскольку это лишает его права на труд в соответствии с избранной профессией (ч. 1 ст. 37 Конституции РФ), и наложение ареста на имущество, так как это ограничивает правомочие собственника владеть, пользоваться и распоряжаться-

53

ся имуществом и препятствует использованию имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности (ст. 34, 35 Конституции РФ).

При признании жалобы обоснованной может возникнуть вопрос о возмещении жалобщику вреда. Этот вопрос должен решаться в порядке гражданского судопроизводства.

В-третьих, следует допустить обжалование в суд всех нарушений или лишений конституционных прав и отраслевых наиболее существенных прав участников процесса (например отказ в признании лица потерпевшим, гражданским истцом, различные формы ущемления права обвиняемого на защиту, а также права других участников процесса на защиту своих законных интересов, отказ удовлетворить отвод, заявленный прокурору, следователю, эксперту, специалисту, переводчику, нарушение закона, требующего заботы о детях, иждивенцах и имуществе арестованного, нарушение правил о языке судопроизводства и предоставлении переводчика участнику процесса, не знающему этот язык, и др.). Решение судьи об устранении этих нарушений должно быть обязательным для прокурора, следователя или органа дознания.

В-четвертых, должны подлежать обжалованию в суд решения, ограничивающие, права граждан и влияющие на ход судопроизводства (отказ в возбуждении уголовного дела,

незаконное возбуждение уголовного дела, отложение, приостановление, прекращение дела, продление срока следствия по делу, поскольку это влияет на продолжительность применения ареста, других мер принуждения и игнорирует законные интересы граждан).

В-пятых, обжалованию в суд должны подлежать отклоненные ходатайства, заявленные участниками процесса органу дознания, следователю, прокурору, поскольку каждому гарантируется судебная защита его прав (ст. 46 Конституции РФ). Введение такой гарантии значительно увеличит служебную нагрузку судей, но защитит участников процесса от произвола на предварительном следствии и дознании. Для решения этого вопроса судье необходимо не только выслушать доводы жалобщика и возражения другой стороны, но в ряде случаев ознакомиться с материалами дела.

В-шестых, желательно допустить обжалование в суд отказов в принятии документов и предметов, представленных в защиту интересов того или иного участника процесса.

В-седьмых, могли бы подвергнуться судебному обжалованию решения следователя и прокурора о соединении и выделении дел, когда они не соответствуют интересам жалобщика, и нарушения правил о подследственности.

Проект УПК РФ предусматривает, что жалоба на действия и решения следователя и органа дознания должна быть сначала подана прокурору и лишь при ее отклонении — судье. С такой

54

позицией никак нельзя согласиться. Она принижает роль суда, ориентирована на тотальный прокурорский надзор, создает огромные неудобства для адвокатов, замедлит разрешение жалоб и затруднит реализацию права участников процесса на судебную защиту.

Неприемлем и другой вариант: сохранение двух параллельных инстанций, рассматривающих жалобы - прокурора и суда. По мнению сторонников этой точки зрения, граждан выигрывает от того, что он по своему усмотрению может выбрать одну из этих инстанций или воспользоваться возможностью обеих. Эта позиция при всей ее заманчивости страдает существенным недостатком. С точки зрения теории управления каждый блок системы должен выполнять только одну заданную ему функцию. Дублирование функций дезорганизует систему. Носители одной и той же функции имеют возможность и склонность переносить нагрузку на другой, параллельный блок. А это порождает безответственность, нарушает стройность и снижает уровень оптимальности системы. Возвращаясь к прокурорам и судам, надо предотвратить возможность "отфутболивания" жалобщика от одной системы к другой под различными благовидными предлогами. Дублирование компетенции превращается в социальное зло.

В связи с изложенным следует признать неудовлетворительным следующее мнение: "При должной организации прокурорского надзора обращение граждан в суд на нарушения в ходе расследования их конституционных прав должны быть исключительным, а не массовым явлением. Право на судебную защиту ни в коей мере не исключает для граждан других способов защиты..., в том числе обращения к прокурору"¹.

Тем самым судебная защита строится по остаточному принципу: подавляющее большинство нарушений конституционных прав выявляет прокурор, а что останется - суд. Нельзя определять компетенцию государственных органов, в том числе прокуратуры и суда, по

принципу: "как тот, так и другой". Здесь необходимо придерживаться другого принципа: "или тот, или другой", но не оба вместе.

Некоторые авторы, признавая возможность и объективную потребность обжалования решений и действий органов расследования в суд, предлагают проводить эту реформу сдержанно, умеренно, поскольку и следственные органы не готовы к столь жесткому контролю за их деятельность (качество следствия оставляет желать лучшего), и судьи не в состоянии выполнить на хорошем уровне этот огромный объем работы. Например, су-

1Лазарева В. А. Судебная власть и ее реализация в уголовном процессе, с. 88.

55

дья Верховного Суда РФ В. Дорошков, одобряя в принципе обжалование в суд действий и решений органов дознания, следователя и прокурора, предлагает ограничиться теми основаниями, которые ввел Конституционный Суд РФ в ряде постановлений, упоминавшихся выше¹.

Такая осторожность вполне обоснована. Если ввести сплошное, безграничное судебное обжалование, ничего не меняя в самом существе предварительного расследования и судебного контроля, то такая частичная реформа будет обречена на провал. Поэтому данное мероприятие следует рассматривать как одно из звеньев более широкой реформы, имеющей целью сделать предварительное следствие состязательным. Нелепо обращение защиты к стороне обвинения (прокурору, следователю) с ходатайствами и жалобами, как это имеет место в настоящее время и предлагается в проекте УПК РФ. Такие усилия защиты обречены на неудачу. Значит, нужно ввести на предварительном следствии фигуру судьи или даже такого судебного органа, как обвинительная камера во Франции, который разрешал бы все коллизии между обвинением и защитой на этой стадии процесса. Но этого мало. Надо уравнять обвинение и защиту на предварительном следствии во всех отношениях и прежде всего, в собирании доказательств. Защита должна Получить более широкие возможности для обнаружения и процессуального закрепления фактических данных, которые она сможет представить следователю и суду в качестве доказательств (об этом более подробно говорилось выше).

55

5. СУД И ПРОКУРАТУРА В СТАДИИ СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Прокуратура с самого начала своего возникновения была обязана не только выполнять фискальные и общенадзорные функции, но и участвовать в судебном разбирательстве уголовных дел. Причем такое участие носило характер наблюдения, надзора верховной (королевской, царской) власти за судом с тем, чтобы правосудие служило ее интересам.

Во Франции XIV в., где возникла прокуратура, прокурор осуществлял «наблюдение за производством уголовных дел» в суде и давал заключения, но не подписывал обвинительный акт².

¹ *Дорошков В.* Судебный контроль за деятельностью органов предварительного расследования.— Российская юстиция, 1999, № 7, с. 28.

² *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Изд. 4. Т. 1. СПб, 1912, с. 24.

56

Наполеону I прокуратура представлялась «средством правительственного влияния на суд, независимости которого она противопоставлялась». Поэтому прокуратуру построили иерархически, «подчинив наблюдению ее самый суд».

Петр I, учредивший прокуратуру в России, поручил ей «наблюдение за деятельностью судебных мест». Генерал-прокурор надзирал за судебной деятельностью Сената, а губернские прокуроры осуществляли «надзор по суду»¹.

Однако судебная реформа в России (1864 г.) коренным образом изменила соотношение между судебной властью и прокуратурой. «Создание самостоятельной судебной власти вызвало необходимость освободить судебные действия и должностных лиц судейского звания от той зависимости перед прокуратурой, в которой они пребывали»².

Остатки прокурорского надзора виделись, однако, в том, что по гражданским делам и на съездах мировых судей прокуроры давали заключения как представители закона, а в кассационных инстанциях они играли роль юрисконсультов.

В первом советском Положении о прокурорском надзоре от 28 мая 1922 г.³ прокурорский надзор за судом не был предусмотрен; прокуроры поддерживали обвинение в судах, опротестовывали в кассационном порядке приговоры судов. В случаях несогласия прокурора с обвинительным заключением следователя (в то время следователи состояли при судах) вопрос об утверждении обвинительного заключения решался распорядительным заседанием суда.

Но уже в Положении о прокуратуре Союза ССР от 17 декабря 1933 г.⁴ органам прокуратуры вменялось в обязанность «наблюдение за правильным и единообразным применением законов судебными учреждениями».

В дальнейшем вплоть до периода перестройки прокурорский надзор за судами оставался аксиомой российского законодательства и правоприменительной практики. В частности, ст. 25 УПК РСФСР 1960 г., действующая до сих пор, устанавливает: прокурор обязан во всех стадиях уголовного судопроизводства своевременно принимать предусмотренные законом меры к устранению всяких нарушений закона, от кого бы они ни исходили (в том числе и от суда.— И.П.). Надзорная функция прокурора видится и в том, что он дает заключения по возникающим во

¹ Там же, с. 516.

² Там же, с. 524..

³ СУ РСФСР, 1922, № 36, с. 424.

⁴ СЗ РФ, 1934, № 1, ст. 26.

время судебного разбирательства вопросам (ст. 248 УПК РСФСР), тогда как защитник излагает лишь мнения.

Прокурор как орган надзора за законностью в идеале должен быть не менее объективным, чем суд (в прошлом его называли «говорящий судья»). Объективность суда обеспечивается отделением осуществляемой им функции разрешения дела от односторонних функций обвинения и защиты. Объективность же прокурора, претендующего на роль надзирающего за законностью лица, процессуально не гарантирована, так как он с самого начала судебного разбирательства ориентирован на обвинение и как сторона в процессе — односторонен (это не простая игра слов, а реальная действительность). Следовательно, не связанная интересами сторон функция прокурора как органа надзора за законностью несовместима с одновременным осуществлением прокурором функции обвинения, ставящей его в положение стороны. И никакие оговорки о том, что прокурор — обвинитель *sui generis* (объективный, заботящийся об интересах защиты), здесь не помогут, ибо обвинение всегда направлено на доказывание виновности, а надзор не связан этой обвинительной установкой. Поэтому функции надзора и обвинения не совместимы не только в смысле «трансформации» надзора в обвинение (М. С. Строгович, В; М. Савицкий), но и в смысле одновременного, параллельного осуществления обеих этих функций одним и тем же лицом — прокурором (И. Л. Шифман, Б. А. Галкин и др.).

Представляется, что был абсолютно прав М. А. Чельцов, утверждая, что если прокурор выполняет функцию обвинения, то «исключается предусмотренная законом надзорная функция прокуратуры»¹. Но положение прокурора как обвинителя определено законом (ст. 248 УПК РСФСР). И тем же законом определено положение прокурора как органа надзора за законностью (ст. 25 УПК РСФСР, ст. 41 ГПК РСФСР).

Но, несмотря на это, в Основах законодательства Союза ССР и союзных республик о судостроительстве в СССР (принятых в 1958 г.) было установлено: «Генеральный прокурор СССР и подчиненные ему прокуроры... осуществляют надзор за исполнением законов при рассмотрении дел в судах». Несомненно, речь шла о надзоре прокурора и за судом. Однако в Основах законодательства о судостроительстве, принятых 13 ноября 1989 г., функция прокурора в суде была определена совсем иначе: «Генеральный прокурор СССР и подчиненные ему прокуроры участвуют в рассмотрении дел в судах на основании и в порядке, установ-

¹ Чельцов М. А. Понятие и задачи советского уголовного процесса. Уголовный процесс / Учебник. М., 1969, с. 14.

ленных законодательством» (ст. 16). Участвовать — это не надзирать, а быть лишь стороной в споре, равной в правах с другой стороной (защитой).

При обсуждении проекта Основ законодательства о судостроительстве на сессии Верховного Совета СССР (1989 г.) Генеральный прокурор СССР возражал против приведенной формулировки и просил отразить в законе специфическое положение прокурора в суде, где он — не сторона, а блюститель законности («законник»), однако депутаты с этим не согласились.

В дальнейшем другой Генеральный прокурор СССР Н. С. Трубин сказал, что установленная законом 1922 г. функция поддержания государственного обвинения, которую выполняли прокуроры, «превратилась в надзор за судом», но в условиях правового государства «никакого надзора со стороны за судом быть не должно». Н. С. Трубин высказался лишь за участие прокуроров в рассмотрении судебных дел и внесение ими представлений (не протестов) в вышестоящие суды для пересмотра неправосудных судебных решений¹.

Такая позиция получила отражение во всех последующих законодательных актах и прежде всего, в федеральном законе «О прокуратуре Российской Федерации» 1995 г., где установлено: «Прокуроры в соответствии с процессуальным законодательством Российской Федерации участвуют в рассмотрении дел судами, опротестовывают противоречащие закону решения, приговоры, определения и постановления судов» (ч. 3 ст. 1). И далее: «Осуществляя уголовное преследование в суде, прокурор выступает в качестве государственного обвинителя» (ч. 2 ст. 35).

Казалось бы, проблема решена. Но в последнее время появилась инспирируемая прокуратурой тенденция вновь наделить прокурора функцией надзора за судом. Так, высказано мнение, что именно прокурор «является гарантом законности при осуществлении судопроизводства», и в суде он «не перестает быть представителем органа, осуществляющего надзор...»².

И другие авторы пишут, что в суде первой инстанции прокурор реализует свои надзорные полномочия, он обладает равными правами с защитником лишь в доказывании; прокурор и суд взаимно контролируют друг друга; прокурор не должен быть органом уголовного преследования — он осуществляет только надзор³.

¹ Четвертый съезд народных депутатов.— Известия, 1990, 29 декабря.

² Комментарии и разъяснения к Федеральному закону «О прокуратуре Российской Федерации» / Под ред. *Рохлина В. И.* и др. СПб, 1999, с. 97—98.

³ *Бойков А., Скворцов К., Рябцев В.* Проблемы развития правового статуса Российской прокуратуры.— Уголовное право, 1999, № 2, с. 12, 18, 21.

В связи с оживлением этой, казалось бы, угасшей концепции возникает необходимость разобраться точки зрения относительно роли прокурора в суде при рассмотрении им уголовных дел.

Концепция «прокурор — уголовный истец» опирается на теорию разделения властей (законодательная, исполнительная, судебная). Прокуратура, согласно этой концепции, относится к исполнительной власти (хотя и не вполне в нее вписывается), поэтому прокурор в этой правовой системе одновременно может быть главой ведомства (министром юстиции) либо назначается последним. Прокуроры, в соответствии с концепцией уголовного иска, состоят при судах. Их функции ограничиваются обеспечением государственного (публичного) интереса путем возбуждения обвинений; передачи возбужденных и подтвержденных на предварительном следствии обвинений на разрешение суда; поддержания обвинений в судах; прекращения обвинений, не подтвержденных на предварительном следствии или в суде; обжалования приговоров судов в вышестоящие

инстанции. Прокурор в этой правовой системе не является органом надзора за законностью, в частности, не осуществляет общего надзора (законность в деятельности ведомств обеспечивается через административную юстицию и внутриведомственный контроль).

Согласно данной концепции прокурор как назначаемое (реже — избираемое) должностное лицо, представляющее интересы государства, не вправе надзирать за законностью действий суда; наоборот, суд следит за тем, чтобы действия прокурора и других участников процесса были законными.

Концепция «прокурор — уголовный истец», обвинитель при суде лежит в основе правовой регламентации деятельности прокуратуры многих современных государств (Англии, США, Франции и др.).

В России же произошло эклектическое «вплетение» представлений о прокуроре как уголовном истце¹ в теоретическую концепцию, согласно которой прокурор — орган надзора за законностью во всех сферах государственно-правовой деятельности (кроме законодательной).

Эклектизм породил ряд парадоксов и затруднений в теории и на практике. Высказаны три основные точки зрения относительно функций прокурора в суде первой инстанции, а именно прокурор осуществляет в суде: 1) только функцию обвинения; 2) только функцию надзора за законностью; 3) и функцию обвинения, и функцию надзора.

¹ Полянский Н. Н., Строговин М. С., Савицкий Б. М., Мельников А. А. Проблемы судебного права. М., 1983, с. 78—91.

Первая точка зрения. Из широкой функций прокуратуры по надзору за законностью многие автору стали выводить функцию обвинения, осуществляемую прокурором в суде первой инстанции. Но этим авторам приходится либо вступать в явное противоречие со ст. 25 УПК РСФСР, утверждая, что прокурор в суде осуществляет надзорные функции только путем поддержания обвинения, не надзирая за судом¹, либо выводить эти надзорные функции из функции обвинения².

Это явно противоречивая теоретическая схема: из функции прокурорского надзора на конституционном уровне якобы возникает функция обвинения в уголовном процессе, а из функции обвинения — функция прокурорского надзора в суде. В. М. Савицкий выразил это противоречие довольно отчетливо: «В стадии судебного разбирательства прокурор осуществляет свою конституционную функцию надзора за законностью, выступая в качестве государственного обвинителя»³. Но, с другой стороны, «надзор прокурора за соблюдением законности в суде,— продолжает цитированный автор,— вытекает из осуществляемой; им функции государственного обвинения, а не наоборот»⁴.

Получился порочный круг, из которого вряд ли можно найти выход. Представляется, что функция обвинения, осуществляемая прокурором уже в ходе судебного разбирательства, в принципе не выводима из функции надзора за законностью. Почему надзор за законностью в суде должен сводиться именно к обвинению? В принципе возможна такая конструкция процесса, при которой прокурорский надзор остается самим собой, не ставя себя в положение стороны (например, участие прокурора в суде по гражданским делам — ст. 29

ГПК РСФСР). Надзор, отделенный от сторон, и есть именно надзор в полном смысле слова. Возложение надзора «по совместительству» на одну из сторон приводит к его необъективности. Возникает вопрос: почему в правовом споре между сторонами одна из сторон, а именно государственный обвинитель, осуществляет надзор за законностью действий противоположной стороны? Орган надзора не может позволить себе явно преждевременный переход к обвинению.

¹ *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса, т. 1. М., 1968, с. 223—224; *Перлов И. Д.* Судебные прения и Последнее слово подсудимого в советском уголовном процессе. М., 1957, с. 37 и след.; *Кокорев Л. Д.* Участники правосудия по уголовным делам. Воронеж, 1971, с. 58-59.

² *Савицкий В. М.* Государственное обвинение в суде'. М., 1971, с. 32 и след.

³ *Савицкий В. М.* Указ, соч., с. 7.

⁴ *Савицкий В. М.* Указ, соч., с. 32; *Савицкий В. М.* Очерк теории прокурорского надзора. М., 1975, с. 60.

61

Вторая точка зрения. М. А. Чельцов и некоторые другие авторы считают; что прокурор в суде осуществляет функцию надзора за точным исполнением закона, составной частью которой является поддержание им обвинения или отказ от него¹. В теоретической схеме процессуальных функций," предложенных М. А. Чельцовым, В. Г. Даевым и др., имеется функция защиты, но нет функции обвинения, поэтому сразу же возникает вопрос: какой функции противостоит функция защиты? Если она противостоит функции надзора (такой вывод напрашивается сам собой), то это, конечно, неправильно. Не может быть защиты без обвинения.

М. А. Чельцов и сторонники его взглядов стремятся лишить прокурора односторонней функции обвинения, поставить его в положение органа надзора, блюстителя законности, не связанного интересами сторон. Но они как бы не замечают, что действующее законодательство не дает достаточных оснований для такой обрисовки функции прокурора. Согласно закону прокурор утверждает обвинительное заключение и приходит в суд как обвинитель с уже сложившимся мнением о виновности подсудимого (ст. 217, 248 УПК РСФСР). И далее: если ставить вопрос о лишении прокуратуры функции обвинения, то необходимо решить, какой государственный орган будет осуществлять эту функцию. Устранить же полностью функцию обвинения нельзя, так как это означало бы устранение состязательности — важнейшей гарантии установления истины судом.

Третья точка зрения: совмещение в деятельности государственного обвинителя двух функций — обвинения и надзора за законностью². Позиция этих авторов в основном соответствует действительному положению вещей: в качестве государственного обвинителя прокурор осуществляет функцию обвинения, а как лицо, дающее заключения по возникающим в процессе вопросам и надзирающее за законностью приговоров, он осуществляет функцию надзора за законностью.

¹ *Чельцов М. А.* Уголовно-процессуальные функции. — В учебнике «Уголовный процесс» / Под ред. *Чельцова М. А.* М., 1968, с. 11; *Басков В. И.* Теоретические проблемы прокурорского надзора за законностью рассмотрения судами уголовных дел. Автореф. докт. дисс. М., 1973, с. 13—14; *Басков В. И.* Прокурорский надзор при рассмотрении судами уголовных дел. М., 1980, с. 22—26; *Ясинский Г. М.* Прокурорский надзор — гарантия охраны прав личности в уголовном процессе.— Сов. государство и право, 1969, № 1, с. 78 и след.

² *Шифман М. Л.* Прокурор в уголовном процессе (стадия судебного разбирательства). М., 1948, с. 145; *Галкин Б. А.* Советский уголовно-процессуальный закон. М., 1962, с. 187; *Иванов В. А.* Прокурорский надзор в борьбе с преступностью. М., 1964, с. 43 и след.; *Зеленецкий В. С.* Возбуждение государственного обвинения в советском уголовном процессе. Харьков, 1979, с. 63.

62

Авторы, представляющие третью точку зрения, правильно фиксируя сложившееся положение, при котором прокурор в суде фактически осуществляет две функции, не замечают, однако, что это — несовместимые функции. Нельзя быть органом надзора за законностью, для которого характерны объективность, несвязанность интересами сторон, оставаясь в то же время обвинителем, убежденным в виновности подсудимого еще до начала судебного разбирательства. Положение органа надзора за законностью обязывало бы прокурора в ходе всего судебного следствия одинаково внимательно заботиться о доказывании обстоятельств как уличающих, так и оправдывающих подсудимого, как отягчающих, так и смягчающих его вину. Но требовать этого от обвинителя, даже самого объективного и добросовестного, невозможно, ибо он приходит в суд для того, чтобы обвинять, и его участие в исследовании доказательств под односторонне обвинительным углом зрения просто неизбежно.

Теоретическая модель «прокурор — представитель обвинительной власти», реализуемая в настоящее время в России, нуждается в придании ей большей логической стройности. Согласно этому представлению прокурор в суде — только государственный обвинитель, сторона в судебном процессе. Он не должен осуществлять надзор за законностью действий суда и других участников процесса и давать заключения. Как и защитник, он должен обращаться к суду с ходатайствами. Прокурор утверждает обвинительное заключение, присоединяясь к обвинительным выводам следователя, и тем самым выказывает намерение изболочить подсудимого перед судом. Поэтому с самого начала судебного разбирательства прокурор выполняет функцию обвинения, и только обвинения. Он не скрывает своей односторонности, в частности в ходе судебного следствия, зная, что интересы другой стороны надежно защищены адвокатом (другим защитником). В полную меру «работают» презумпция невиновности и принцип состязательности сторон. Но, конечно, прокурор осуществляет функцию обвинения разумно, в меру. Если прокурор видит, что исследованными в суде доказательствами обвинение не подтверждается, он обязан отказаться от него, и это должно влечь автоматически вынесение оправдательного приговора или прекращения дела.

Логика данной концепции требует признания того, что не только в суде первой инстанции, но и в вышестоящих судах прокурор — не орган надзора за законностью, а обвинитель. Подчиняясь этой логике, следовало бы считать, что прокурор должен приносить не протесты, а жалобы, причем только обвинительного характера, а в заседаниях кассационных и надзорных инстанций поддерживать эти жалобы и возражать (конечно, в

63

разумных пределах) против жалоб другой стороны. Заседания вышестоящих судебных инстанций следовало бы сделать состязательными и лишить прокурора привилегии давать в них заключения. Право выступать последним следует и здесь предоставить защите.

Взаимоотношения прокурора и суда первой инстанции определяются соотношением выполняемых ими функций: первый обвиняет, а второй — разрешает уголовное дело. В законодательстве и на практике наблюдается «перекос» этих функций, приводящий к тому, что суд фактически становится обвинителем.

Прокуроры далеко не по каждому делу публичного обвинения выступают в суде. Закон оставляет решение этого вопроса на усмотрение прокуратуры, которая ссылается на затруднения с кадрами, занятость прокуроров другой не менее важной работой (общий надзор и др.), а также учитывает социально-политическую ситуацию в стране. Например, число дел, по которым прокуроры поддерживали обвинение в судах, составляло: 1936 г. — 9,4%, 1937 г. - 9,3%, 1939 г. - 39,9%, 1946 г. - 46,5% (данные по СССР)¹. В настоящее время прокуроры поддерживают обвинение в суде примерно по 45—50% уголовных дел. Приказ Генерального прокурора РФ от 24 ноября 1998 г. № 82 «О задачах прокуроров, участвующих в рассмотрении судами уголовных дел» обязывает прокуроров поддерживать обвинение по делам, рассматриваемым судом присяжных, по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях, бандитизме, умышленных убийствах, и других опасных преступлениях, по делам несовершеннолетних. По остальным делам прокуроры решают вопрос о поддержании обвинения в суде, исходя из важности рассматриваемых судами дел. Отсутствие прокурора в суде приводит к возложению на суд функции обвинения. Судья исследует доказательства обвинения, ставит перед потерпевшим и свидетелями вопросы, изобличающие подсудимого в совершении преступления. Во избежание этого необходимо установить в законе обязанность прокуроров поддерживать в суде обвинение по всем делам публичного обвинения². Уже теперь суды могли бы способствовать реализации этой идеи, поскольку их требование об участии прокурора в процессе обязательно для последнего (ч. 2 ст. 228 УПК РСФСР).

¹ *Шифман М. Л.* Прокурор в уголовном процессе. М., 1948, с. 31.

² Работники прокуратуры считают участие прокурора в суде по всем делам публичного обвинения желательным, но невозможным из-за кадровых затруднений (потребуется дополнительно почти 8 тыс. платных единиц) и недостаточного финансирования.— *Мыцков А.* Прокуратура. Проблемы развития.— *Законность*, 2000, № 1, с. 48.

Оглашение судьей обвинительного заключения в начале судебного следствия (ст. 278 УПК РСФСР) создает у публики и участников процесса впечатлений, что обвинение исходит от суда. Поэтому желательно установить, что обвинительное заключение оглашает прокурор, то есть лицо, поддерживающее обвинение. По той же причине необходимо, чтобы копия обвинительного заключения вручалась обвиняемому не судьей (ст. 237 УПК РСФСР), а прокурором, после чего начиналась бы процедура подготовки дела к слушанию. На этой стадии процесса обвиняемый должен знать содержание обвинительного заключения.

Действующий закон (ст. 280, 283, 287, 289 УПК РСФСР) предусматривает, что вопросы подсудимому, свидетелям, потерпевшему, эксперту задают сначала судьи, а потом, прокурор и другие участники процесса. Как правило, доказательства, сосредоточенные в уголовном

деле и исследуемые в суде, — обвинительные. По этой причине судьи, задающие вопросы первыми, волей-неволей изобличают подсудимого в совершении преступления, то есть выполняют не свойственную им функцию обвинения. Прокурору остается только поблагодарить их за проделанную работу. При такой конструкции судебного процесса он утрачивает черты состязательности. Во избежание этого прокурор должен первым допрашивать свидетелей обвинения и представлять суду другие доказательства, изобличающие подсудимого в совершении преступления. И только после исследования доказательств сторонами судьям должна быть предоставлена возможность задавать вопросы допрашиваемым (такой порядок допросов предусмотрен в суде присяжных).

До недавнего времени в российском уголовном процессе применялась ч. 4 ст. 248 УПК РСФСР, допускавшая вынесение судом обвинительного приговора при отказе прокурора от обвинения. Тем самым обвинительная функция перемещалась с прокурора на суд. Конституционный Суд РФ признал это положение ч. 3 ст. 248 УПК РСФСР противоречащим Конституции РФ, поскольку оно искажало состязательную природу судопроизводства, возлагая на суд обвинительную функцию (постановление КС от 20 апреля 1999 г. в связи с запросом Иркутского районного суда Иркутской области)¹.

¹ Высказано возражение: судьи КС якобы «ограничивают власть суда и отдают судьбу дела в руки прокурору» (Войков А.; Скворцов К, Рябцев В. Проблемы развития правового статуса Российской прокуратуры (в условиях переходного периода).—Уголовное право, 1993,-№ 2, с. 21). Авторы не учитывают, что власть суда по своей направленности не должна быть обвинительной, и что распоряжается обвинением прокурор.

Освобождение суда от обвинительных функций было достигнуто и благодаря постановлению КС от 14 января 2000 г. в связи с жалобой гражданки И. П. Смирновой и запросом Верховного Суда Российской Федерации. КС признал неконституционными положения ч. 1, 2, 4 ст. 256 УПК РСФСР, согласно которым суд имел право возбудить уголовное дело в отношении новых лиц, которым обвинение не предъявлялось, и даже подвергнуть их аресту. КС указал, что такого рода действия суда недопустимы, для органа, осуществляющего правосудие, поскольку они носят обвинительный характер. По мнению КС, уголовное преследование (не свойственное суду) возникает уже в момент возбуждения уголовного дела.

Для характеристики взаимоотношений прокурора с судом важно выяснить, в какой мере прокурор распоряжается обвинением. Издавна различают *Legalitatsprinzip* и *Opportunitatprinzip*. Первый (свойственный больше континентальной системе права) означает обязанность прокурора возбуждать уголовное дело в каждом случае при наличии признаков преступления и поддерживать государственное обвинение, пока для этого есть достаточные основания (для усмотрения прокурора не остается места). Второй (свойственный англо-американской системе права) предполагает право прокурора как представителя правительственной власти по своему усмотрению возбуждать или не возбуждать уголовное преследование, поддерживать обвинение в суде полностью, частично или вообще от него отказаться (при этом суд обвинителя не контролирует и связан его позицией).

Российский уголовный процесс тяготеет к первой модели (ст. 3 УПК РСФСР — прокурор во всех случаях обязан возбудить уголовное дело при наличии признаков преступления; ст. 248 УПК РСФСР — прокурор обязан поддерживать обвинение в суде, а при его

неподтверждении — обязан обосновать отказ от обвинения; ч. 2 ст. 325 УПК — прокурор обязан опротестовать в кассационном порядке каждый незаконный и необоснованный приговор). Однако постепенно российское уголовное судопроизводство усваивает отдельные элементы второй модели. Статья 3 УПК РФ строго не соблюдается. Сам закон дает прокурору возможность прекращать уголовные дела с определенной долей усмотрения (ввиду изменения обстановки и личности обвиняемого - ст. 6, в связи с деятельным раскаянием — ст. 7, в отношении несовершеннолетних — ст. 8, в связи с примирением обвиняемого с потерпевшим — ст. 9 УПК РФ). В связи с введением в России суда присяжных прокурор получил возможность в течение всего судебного процесса изменять обвинение в благоприятную для подсудимого сторону и отказываться от обвинения, то есть по своему усмотрению, основанному на доказательствах, распоряжаться обвинением. Особенно важно

66

то, что такая позиция прокурора не контролируется судом, который лишен права с ней не согласиться (ст. 430 УПК РФ). Это своеобразное проявление начала диспозитивности применительно к деятельности государственного чиновника в суде.

Право прокурора распоряжаться обвинением пытаются еще более расширить, предлагая перенести на российскую почву американский институт сделок о признании вины, когда прокурор договаривается (при участии судьи) с адвокатом о том, что подсудимый признает часть предъявленных ему обвинений в обмен на отказ прокурора от поддержания остальных обвинений. Такая договоренность влечет, как правило, отказ подсудимого от судебного разбирательства и вынесение судьей приговора по обвинениям, признанным подсудимым.

В США этот институт выглядит разумным и соответствует национальным традициям: он упрощает процесс, разгружает судебную систему (без него она просто «задохнулась» бы от избытка дел) и основывается на уважении к позиции психически здорового человека, имеющего право считать себя невиновным полностью или частично. Но российскому менталитету чуждо само понятие «сделки о признании». В российском уголовном правосудии сделка — явление аморальное, порочное, бесчестное; это торг, компрометирующий власть, свидетельствующий о ее бессилии, неспособности установить истину по уголовному делу¹.

В условиях современной России «сделки о признании» будут способствовать распространению коррупции, и без того поразившей государственную систему. Сделки будут заключаться до суда, без суда и влечь необоснованное прекращение дел в части наиболее тяжких обвинений. Это позволит следователям уклоняться от раскрытия наиболее опасных преступлений и при этом сохранять благоприятные для себя статистические показатели. Об истине как цели процесса придется забыть. Адвокаты превратятся в ловких дельцов, заключающих (небескорыстно) соглашения с прокурорами. Последние забудут, что они некогда стояли на страже закона. Преимущество получают состоятельные обвиняемые. Судьи как участники сделок подорвут свою и без того шаткую репутацию. Правосудие превратится в торг.

Сторонники «сделок о признании» ссылаются на согласительные процедуры, получившие некоторое распространение в ряде европейских стран. Но эти процедуры — вовсе не «сделки о признании», а в частности, так называемое «восстановительное

¹

¹ От «сделок о признании» следует отличать добровольное признание вины как обстоятельство, влекущее сокращение или устранение судебного следствия, допускаемые в суде присяжных (ст. 446 УПК РСФСР), а в соответствии с проектом УПК РФ — и в других судах.

67

правосудие»¹. Его смысл состоит в том, что психолог, педагог, другое квалифицированное лицо с разрешения суда по делам о менее опасных преступлениях организует диалог между обвиняемым и потерпевшим. Обвиняемый объясняет мотивы совершенного преступления, раскаивается, обещает загладить причиненный вред, а потерпевший смягчается и прощает преступника. По достижении соглашения судья прекращает уголовное дело. Согласительные процедуры такого рода в Италии, Испании, Франции никоим образом нельзя отождествлять со «сделками о признании» между прокурором и адвокатом. Данные о том, что во Франции прокуроры в 55% случаев отказываются от уголовного преследования, поскольку не известно лицо, совершившее преступление, во-первых, сомнительны, а во-вторых, не имеют отношения к «сделкам о признании». Что касается Германии, то там «сделки о признании» в основном отрицаются².

Нельзя согласиться с тем, что упомянутые «сделки» имеют «гуманистическое значение», так как экономят репрессию³. В данном случае экономия достигается благодаря нераскрытию тяжких преступлений, а это вовсе негуманно в отношении населения, пребывающего в страхе перед преступностью.

Вызывает возражения также следующее утверждение: «Практика (у нас.— И.П.) давно уже идет по пути фактического совершения сделки: по делам, где обвинение основано на противоречивых доказательствах, суд склонен принимать максимально мягкое решение», против чего защита не возражает, «боясь ухудшить положение подзащитного излишней принципиальностью»⁴. В данном случае беспринципны как судья, так и адвокат. При недостаточности улики суд беспринципно заменяет оправдательный приговор смягчением наказания, а адвокат Вместо того, чтобы добиваться оправдания подсудимого, боится рассердить суд и просит лишь о смягчении наказания.

В. А. Лазарева считает, что «система предварительного следствия (в отличие от американской.— И.П.), предусматривающая в целом достаточные механизмы защиты прав участвующих в нем лиц, гарантирует достижение истины как цели уголовного процесса», поэтому при отсутствии правового спора повторное исследование доказательств в суде «не вызывается необходимо-

¹ Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание. М., 1998.

² Эти не совсем точные ссылки на западно-европейское законодательство приводит В. А. Лазарева (Указ, соч., С. 187—188).

³ Лазарева В. А. Указ, соч., с. 187.

⁴ Там же, с. 197.

68

стью»¹. Автор слишком хорошего мнения о нашем предварительном следствии, где, по многим сообщениям печати, нередко еще бьют, пытаются, обманым путем добывают признания и заботятся о том, чтобы обвиняемые от признаний в суде не отказывались. Отсюда — недопустимость сделок, основанных на признании.

Что касается позиции Совета судей РФ, то она, по-видимому, объясняется перегрузкой судебной системы, длительными сроками продвижения в судах уголовных дел, вызывающими справедливые упреки граждан, и желанием любой ценой устранить эти негативные явления. Многие судьи поэтому не только за «сделки о признании», но и другие упрощенные процедуры, сокращение или устранение судебного следствия, вынесение приговоров без мотивировочной части, неполную апелляцию, единоличное рассмотрение судьями уголовных дел, сокращение подсудности суда присяжных и даже полное его устранение, право вышестоящего суда ухудшать положение подсудимого без возвращения дела для повторного рассмотрения в суд первой инстанции и т. д. Такие настроения вызывают тревогу, потому что судьи заботятся о создании удобств в собственной работе ценой отказа от ряда процессуальных гарантий защиты прав личности.

68

6. СУДЕБНЫЙ КОНТРОЛЬ И ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР ЗА ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ

До распада СССР и обретения Россией полного государственного суверенитета (1991 г.) оперативно-розыскная деятельность (ОРД) проводилась в широком масштабе (прослушивание телефонов, просмотр писем, обследование жилищ и установка в них аудио-, видео- и прочей аппаратуры, наружное наблюдение и др.), однако законодательством такие меры не были предусмотрены.

Оперативно-розыскной порядок действий, ограничивающий право на частную жизнь граждан, был введен Законом РФ «Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации», принятым Верховным Советом РФ 13 марта 1992 г.², а также Законом РФ «О федеральных органах государственной безопасности», принятым Верховным Советом РФ 8 июня 1992 г.³ В дальнейшем право проведения оперативно-розыскных меро-

¹ Там же, с. 201.

² Российская газета, 1992, 29 апреля.

³ Российская газета, 1992, 12 августа.

69

приятия получили в пределах своей компетенции Служба внешней разведки, Налоговая полиция, Федеральная служба правительственной связи и информации (ФАПСИ), Федеральная пограничная служба, Главное управление охраны РФ, Служба безопасности Президента РФ. В результате принятия этих законов была легализована негласная оперативно-розыскная деятельность (ОРД). Резко возросло число органов государства, правомочных проводить такую деятельность. Судебный контроль за органами ОРД пока отсутствовал. Прокурорский надзор обладал ограниченными возможностями, поскольку

прокурору не предоставлялись сведения об агентах и информаторах, тактике, средствах и методах оперативной работы.

В декабре 1993 г. была принята новая российская Конституция, провозгласившая право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, в частности тайну переписки, телефонных и иных сообщений, неприкосновенность жилища (ст. 23—25). В соответствии с Конституцией эти права могут быть ограничены в установленных федеральным законом случаях на основании судебных решений. Таким образом, сфера всех этих правоограничений, необходимых в основном для раскрытия преступлений, фактически определяется не Конституцией, а федеральным законодательством. С учетом положений новой Конституции были приняты Федеральные законы: от 5 июля 1995 г. «Об оперативно-розыскной деятельности»¹, от 3 апреля 1995 г. «Об органах федеральной службы безопасности в Российской Федерации»² и некоторые другие. Эти законы сохранили возможность ограничений прав граждан, установленных предыдущими законами. По-прежнему допускается оперативно-розыскная деятельность до возбуждения уголовного дела при отсутствии признаков преступления (ст. 2, 8 Закона об ОРД 1995 г.).

В главе VI Закона об ОРД, именуемой «Контроль и надзор за оперативно-розыскной деятельностью», говорится, что ОРД подконтрольна Президенту РФ, Федеральному Собранию РФ и Правительству РФ в пределах, определяемых Конституцией и федеральными законами (ст. 20) и поднадзорна Генеральному прокурору РФ и уполномоченным им прокурорам (ст. 21). О судебном контроле в этой главе ничего не сказано, но в тексте Закона содержатся требования о необходимости получения судебных решений на право проведения некоторых оперативно-розыскных действий, ограничивающих конституционные права граждан, и допускается возможность обжалования в суд решений и действий органов ОРД.

¹СЗ РФ, 1995, № 33, ст. 3349.

²Ведомости Федерального Собрания Российской Федерации, 1995, №12, ст. 401.

Контроль за деятельностью органов ОРД со стороны Президента, Федерального Собрания и Правительства законом не регламентирован, но, надо полагать, он может выражаться в представлении информации о работе органов ОРД и достигнутых результатах, о выявленных фактах, могущих представлять интерес для упомянутых органов и должностных лиц, отчетах руководителей органов ОРД и кадровых перемещениях.

Прокурорский надзор за ОРД претерпел некоторые изменения, введенные Федеральным законом «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» от 5 января 1999 г.¹ Конкретизирован и расширен перечень объектов прокурорского надзора. По требованию прокурора соответствующие руководители органов ОРД должны представлять оперативно-служебные документы, включая дела оперативного учета, материалы о проведении оперативно-розыскных действий с применением технических средств, а также учетно-регистрационную документацию и ведомственные нормативные правовые акты, регламентирующие Порядок проведения оперативно-розыскных мероприятий. Как правило, эти правовые акты имеют гриф «секретно». По этой причине надзор за законностью в ОРД осуществляют не любые, а специально уполномоченные прокуроры. Парадоксально, что материалы для допуска

прокурора к секретному судопроизводству собирают как раз те самые органы, за которыми он будет надзирать.

Раньше (по Закону об ОРД 1995 г.) прокуроры могли потребовать для проверки необходимые материалы в связи с информацией и обращением граждан относительно нарушения законов при проведении ОРД. Теперь это ограничение снято, и прокуроры получили право проводить проверки независимо от обращений граждан. Проверки проводятся в обычном общенадзорном порядке. Выявленные прокурором нарушения устраняются путем принесения протеста или направления представления в соответствующий орган ОРД (ст. 23, 24 Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О прокуратуре Российской Федерации» от 17 ноября 1995 г.).

Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон об оперативно-розыскной деятельности» 1999 г. установил: сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов ОРД, а также о лицах, оказывающих содействие этим органам на конфиденциальной основе, представляют прокурору только с письменного согласия перечисленных лиц. Но это лишает прокурора возможности ознакомиться с теми оперативно-розыск-

¹ Юридический вестник, 1999, № 3.

ними материалами, в которых указаны не псевдонимы, а подлинные имена упомянутых лиц. По своей инициативе или под давлением начальства эти лица возражают против сообщения их имен прокурору, а это существенно сужает сферу прокурорского надзора и принижает роль прокурора, которому, видите ли, не все понижено знать. С другой стороны, упомянутый Закон расширил возможности прокурора, исключив из сведений, не представляемых прокурору, данные об организациях, тактике, методах и средствах осуществления оперативно-розыскной деятельности (ч. 3 ст. 21 Закона об ОРД в редакции 1995 года). Такие данные просто невозможно скрыть от прокурора, если он осуществляет реальный, а не фиктивный надзор за законностью в ОРД.

Прокурору адресуются также жалобы, подаваемые лицами, которые считают, что в ходе ОРД были нарушены их права (ч. 2 ст. 5 Закона). Жалобы могут быть поданы и в вышестоящий орган ОРД, а также в суд. Такая альтернативность позволяет органам государства снимать с себя ответственность за своевременное и правильное разрешение жалоб. Поэтому рассмотрение жалоб граждан на незаконные действия оперативно-розыскных органов следовало бы отнести к исключительной компетенции суда. Одним из оснований проведения оперативно-розыскных мероприятий являются указания прокурора, обязательные для органов ОРД (ч. 3 ст. 7 Закона об ОРД). Прокурорский надзор за ОРД носит последующий характер, то есть распространяется на случаи, когда то или иное оперативное мероприятие или группа мероприятий уже проведены. Прокурор лично не принимает участия в этих мероприятиях и не санкционирует их. Правом санкционирования ряда оперативно-розыскных мероприятий обладает суд. Его контроль над законностью ОРД носит упреждающий характер.

Закон об ОРД предусматривает необходимость получения судебной санкции (судебного решения), разрешающих ограничение конституционных прав граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых-, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по

сетям электрической и почтовой связи, а также на неприкосновенность жилища (ст. 9 Закона об ОРД). На основании судебного решения органы ОРД вправе подвергать задержанию и осмотру все виды почтовых отправлений и снимать с них копии. Допустимы перехват и звукозапись не только телефонных, но и иных переговоров (сообщений), передаваемых с помощью современных технических средств (телекс, факс, радиотелефон и т. п.). Обследование жилищ возможно для обнаружения предметов и сведений, способствующих выявлению и раскрытию преступлений, а также для установки прослушивающих устройств. Под жилищем следует понимать всякое

72

помещение, предназначенное или приспособленное для постоянного или временного проживания людей¹.

Закон об «ОРД не определяет, чью переписку и чьи телефонные (иные) переговоры Допускается контролировать, а также не содержит определения жилища и приравненных к нему помещений (гараж, салон и багажник автомобиля, надворные постройки и т. п.) и не указывает круг лиц, в жилища которых допускается входить. Для проведения указанных действий достаточно возникшего у спецслужб подозрения, что именно таким образом они обнаружат признаки преступления. Представляется, что этого недостаточно для проведения ОРД на законных основаниях.

Придя к выводу о необходимости проведения одного из указанных оперативных действий, соответствующий оперативный работник составляет постановление, утверждаемое руководителем спецслужбы, которое он передает для санкционирования судь. Закон не требует, чтобы перед передачей постановления в суд оно санкционировалось прокурором. Практика складывается таким образом, что прокуроры не оповещаются об обращениях спецслужб в суд за получением решения о контроле за перепиской, телефонными переговорами и о проникновении в жилище и не участвуют в рассмотрении таких обращений судом. В этом они усматривают нарушение своего права надзора за законностью в сфере ОРД². Конечно; можно понять их озабоченность, но вводить еще одно звено в систему получения санкций на проведение оперативных мероприятий, видимо, не имеет смысла. Достаточно последующего надзора прокуратуры за законностью деятельности оперативных органов.

Представляется, что обращения оперативных органов в суд должны именоваться не постановлениями (постановляет суд, а не оперативный работник), а ходатайствами, которые должны быть надлежащим образом мотивированы. Закон об ОРД предусматривает, что по требованию судьи ему могут представляться иные материалы, касающиеся оснований проведения оперативно-розыскного мероприятия (ч. 3 ст. 9). С этим невозможно согласиться. Такие материалы должны представляться судье во всех случаях, а иначе принимаемое им решение нельзя считать обоснованным. Следует предусмотреть проверку такого рода материалов в официальном судебном заседании, которое должно быть закрытым. В нем должен участвовать и давать объяснения представитель органа, заявившего ходатайство.

¹ Более развернутое определение жилища см.: *Петрухин И. Л.* Личные тайны (человек и власть). М., 1998, с. 95. .

² *Шалумов М.* Надзор за следствием, дознанием и оперативно-розыскной деятельностью. — Законность, 1998, № 10, с. 10—11.

73

Судебное решение должно содержать указание, в отношении как их лиц разрешено проведение оперативного мероприятия, и в течение какого срока действует это решение. Закон об ОРД установил предельный срок действия судебного решения — шесть месяцев, если иное не указано в самом этом решении. Кроме того, допускается возможность продления срока судом (ч. 5 ст. 9). Таким образом, продолжительность применения оперативно-розыскных мер практически не ограничена, с чем никак нельзя согласиться. Орган ОРД вправе обратиться в вышестоящий суд при отказе судьи первой инстанции удовлетворить ходатайство в проведении оперативного мероприятия. Но неясно, в каком порядке это надо делать. Подается кассационная жалоба или производство в вышестоящем суде начинается как бы заново?

Процедура рассмотрения ходатайств о проведении оперативных действий в сущности не установлена, суды практически не отказывают в санкционировании таких действий, не вникая в их существо. Судьям, как и прокурорам, не предоставляются сведения о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов ОРД, лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе. В этом усматривается некоторое недоверие к судьям, хотя разрешения на проведение ОРД выдают специально предназначенным для этого судьям, имеющим допуск к секретным данным.

Закон об ОРД 1995 г. допускает выдачу судебных решений на право проведения указанных выше оперативных действий лишь при условии, что имеются признаки подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно (п. 1 ч. 2 ст. 8).

Если лицо, в отношении которого уголовное дело не было возбуждено или было Прекращено по реабилитирующему основанию, считает, что в отношении него проводились оперативно-розыскные мероприятия незаконно, оно вправе истребовать из органов ОРД сведения о характере полученной информации. Но подавляющее большинство дел прекращается по нереабилитирующим основаниям, и в этих случаях заинтересованные лица не вправе получать информацию о прослушанных переговорах и других оперативно-розыскных мероприятиях¹. Решение органа

¹ Закон ФРГ «О защите сведений о личной жизни и деятельности граждан» установил, что Федеральное ведомство по охране Конституции обязано сообщать гражданам о перлюстрации их писем, личных документов и прослушивании телефонных переговоров после осуществления этих мероприятий (*Der Spiegel*. 1990, № 50, S. 562). См.: *Менаривизиши Г. Д.* О неприкосновенности личной документации граждан в уголовном процессе. — Государство и право, 1996, № 1, с. 77.

74

ОРД об отказе в предоставлении информации может быть обжаловано в суд. Но в какой суд и при соблюдении какой процедуры? На эти вопросы Закон не отвечает.

В части 3 ст. 8 Закона об ОРД установлено, что в случаях, не терпящих отлагательства и могущих привести к совершению тяжкого преступления, а также при наличии данных о событиях и действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности РФ, оперативно-розыскное мероприятие может быть проведено без санкции прокурора и суда на основании одного лишь мотивированного постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД. О проведении такого мероприятия в течение 24 часов должен быть уведомлен суд (судья). В течение 48 часов с начала проведения оперативно-розыскного мероприятия должно быть получено судебное решение, санкционирующее это мероприятие или обязывающее его прекратить (ст. 8).

Приведенная формулировка позволяет бесконтрольно провести практически любое оперативно-розыскное мероприятие. Во-первых, что такое случаи, не терпящие отлагательства? В Законе они не определены, и всякий оперативный сотрудник может понимать их по-своему. Во-вторых, любой оперативник может сказать, что существовала угроза совершения именно тяжкого преступления. В-третьих, нельзя дать однозначное толкование понятиям государственной, военной, экономической, экологической безопасности (они слишком широки). В-четвертых, зачем получать судебное решение о проведении оперативного мероприятия, если оно уже проведено? Лучше сказать: суд проверяет законность проведенного мероприятия и может признать полученные данные недопустимыми, если возникнет вопрос об их использовании в качестве доказательств в уголовном процессе. Судебное решение на право проведения оперативно-розыскного мероприятия и материалы, послужившие основанием для его принятия, хранятся только в органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность (ст. 12). Какое неуважение к суду! Он не вправе, хранить у себя даже свои собственные решения.

Закон об ОРД допускает проведение оперативно-розыскных мероприятий по определению суда (ч. 3 ст. 7) и использование их результатов для подготовки и осуществления судебных действий (ст. 11). С этим вряд ли можно согласиться. Оперативные данные, как правило, используются для подкрепления позиций обвинения. Но суд в состязательном процессе не вправе становиться на эти позиции, поскольку выполняемая им функция разрешения дела несовместима с функцией обвинения. После начала судебного разбирательства ни оперативно-розыскная, ни следственная работа по переданному в суд делу не должна про-

75

водиться. Суд — учреждение открытое, а оперативно-розыскная деятельность, как правило, ведется закрыто, тайно. У суда и ОРД — ничего общего. Суд преступлений не раскрывает, а лишь контролирует, раскрыты ли они¹.

Но в ходе судебного разбирательства может возникнуть потребность в обнаружении и изъятии предметов и документов, могущих иметь доказательственное значение по делу. В этих случаях во избежание необоснованного возвращения дела для доследования надо предоставить суду право давать органам расследования (а не ОРД) поручения на производство процессуальных действий, которые самим судом проведены быть не могут (обыск, выемка, эксгумация и т. п.). Протоколы таких действий вместе с изъятими предметами и документами должны быть представлены суду.

75

7. СУД И ПРОКУРОР В СТАДИЯХ ПРОВЕРКИ ЗАКОННОСТИ И ОБОСНОВАННОСТИ ПРИГОВОРОВ

По общему правилу, кассационные и частные протесты приносят те прокуроры, которые выступали в суде первой инстанции в качестве государственных обвинителей и не убедили суд в правильности своей позиции. А позиция эта — обвинительная, поскольку они поддерживали государственное обвинение. Отсюда функция прокурора в стадии кассационного производства, как и в суде первой инстанции, — поддержание государственного обвинения. Прокурор, принесший кассационный или частный протест, вправе лично поддержать его при рассмотрении дела в кассационной инстанции². Если прокурор, выступавший в суде первой инстанции (чаще всего — это помощник прокурора района, города), не посчитал нужным принести кассационный (частный) протест, то такой возможностью вправе воспользоваться вышестоящий прокурор (чаще всего — это прокурор района, города или его замести-

¹ Этот вопрос остался дискуссионным. Существует мнение, что суд вправе давать поручения о проведении оперативно-розыскной работы (*Чуркин А.* Оперативно-розыскные мероприятия в судебном следствии. — Российская юстиция, 1999, № 4, с. 21—22). Имеется и противоположная точка зрения (*Зажичкий В.* Трудности предоставления прокурору и органам расследования результатов оперативно-розыскной деятельности. — Российская юстиция, 2000, № 1, с. 37—39). Инструкция «О порядке предоставления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд» от 13 мая 1998 г. этот вопрос не решает.

² Комментарии и разъяснения к Федеральному закону «О прокуратуре Российской Федерации» / Под ред. *Рохлина. В. И.* и др., СПб., 1999, с. 105.

76

тель). И эти протесты, как правило, носят обвинительный характер. То же самое нужно сказать об апелляционных протестах прокуроров, приносимых на приговоры мировых судей.

В крайне редких, исключительных случаях прокуроры приносят протесты в пользу подсудимого¹. Но это не дает оснований считать, что в этих случаях они выполняют функцию защиты или надзора². Процессуальные функции определяются среднестатистически, а отклонения от них отдельных участников процесса следует считать дисфункциями (например, потерпевший выполняет функцию обвинения, хотя отдельные потерпевшие иногда стремятся защитить обвиняемого).

Вышестоящий прокурор не вправе отозвать кассационный протест, принесенный нижестоящим прокурором, выступавшим в суде первой инстанции (как правило, помощником прокурора)³. Таким образом, он не может дезавуировать или смягчить обвинительную позицию, которую занимал нижестоящий прокурор, выступая в суде и продолжая отстаивать свою точку зрения в кассационном протесте.

Процедура рассмотрения дел в кассационной инстанции в значительной мере основана на принципе состязательности и равноправия сторон. Этот принцип, сформулирован в ч. 3 ст. 123 Конституции и распространяется на все судопроизводство, включая кассацию. В соответствии с данным принципом прокурор в кассационной инстанции — это сторона, отстаивающая (как правило) позиции обвинения и ведущая полемику с другой стороной — защитой — перед беспристрастным судом. При этом прокурор распоряжается обвинением и вправе отказаться от него или изменить его в благоприятную для подсудимого сторону. УПК РСФСР не считает такую позицию прокурора обязательной для суда. Но в данном случае

следует применить по аналогии упоминавшееся постановление Конституционного Суда РФ от 20 апреля 1999 г. о проверке конституционности ч. 4 ст. 248 УПК РСФСР, согласно которой суд первой инстанции не может продолжить рассмотрение дела и вынести обвинительный приговор при отказе прокурора от обвинения. Равным образом изменение прокурором обвинения в суде первой и второй инстанции не позволяет суду оставить обвинение прежним. В этих слу-

¹ Басков В. И. Прокурорский надзор при рассмотрении судами уголовных дел. М., 1980, с. 142; Эффективность правосудия и проблема устранения судебных ошибок. Ч. 2 / Под ред. Кудрявцева В. Н. М., 1975.

² Эту точку зрения см.: Полянский Н. Н. Очерк развития советской науки уголовного процесса. М., 1960, с. 164—165.

³ Комментарии и разъяснения к Федеральному закону «О прокуратуре Российской Федерации», с. 105.

77

чаях суд обязан соответственно изменить обвинение в благоприятную для подсудимого сторону или прекратить дело.

Закон предоставляет подсудимому ряд прав для защиты в суде кассационной инстанции своих интересов (знакомиться с поданными протестом и жалобами, подавать возражения на них, пользоваться правовой помощью защитника, представлять суду новые материалы, давать объяснения в суде до и после выступления прокурора — ст. 327, 337, 338 УПК РСФСР). Эти правомочия образуют право подсудимого на защиту в суде второй инстанции. Но защита возможна и необходима лишь при условии, что есть обвинение (защита от обвинения). Обвинение же в суде второй инстанции поддерживает прокурор (суд такую функцию выполнять не вправе).

Конституционный Суд РФ в постановлении от 10 декабря 1998 г. по делу о проверке конституционности ч. 2 ст. 335 УПК РСФСР признал, что даже заключенный под стражу подсудимый имеет право участвовать в заседании суда кассационной инстанции или иным образом излагать свои доводы против инкриминированного ему обвинения. Тем самым усиливается состязательность процесса при рассмотрении дел судом второй инстанции. Но без обвинения и защиты состязательность немыслима¹.

Однако многие юристы — сторонники всеобъемлющего прокурорского надзора — считают, что этот надзор распространяется и на производство в суде второй инстанции. В подкрепление своей позиции они ссылаются на некоторые положения закона, позволяющие утверждать, что прокурор в суде кассационной инстанции выполняет функцию надзора за законностью².

Действительно, в законе функция прокурора на этой стадии процесса обрисована противоречиво, и это противоречие надо устранить, наделив прокурора только одной функцией — или обвинения, или надзора. Из вышеизложенного следует, что предпочтительней функция обвинения, производная от конституционного принципа состязательности и равноправия сторон, который, с одной стороны, лучше защищает интересы участников процесса, а с

¹ Ряд авторов настаивает на том, что прокурор в суде второй инстанции осуществляет функцию обвинения (см., например: *Савицкий В. М.* Государственное обвинение в суде. М., 1971; *Савицкий В. М.* Очерк теории прокурорского надзора. М., 1975.

² *Даев В. Г., Мариунов М. Н.* Основы теории прокурорского надзора. Л., 1990, с. 117; Прокурорский надзор в Российской Федерации /Под ред. *Чувиле-ва А. А.*, с. 14; *Скуратов Ю.* Полномочия прокуратуры во взаимоотношениях с судебной системой.— Российская юстиция, 1999, № 3, с. 15.

78

другой стороны, служит достижению истины. Какие же положения в связи с этим необходимо устранить из закона?

1. Прокурор проверяет приговоры и изучает дела, если даже он не участвовал в их рассмотрении судом, «поэтому следует говорить о надзоре прокурора по каждому уголовному делу, рассмотренному судом первой инстанции»¹. Надзор за законностью и обоснованностью приговора и ознакомление с материалами судебного дела есть, в сущности, надзор за судебным разбирательством, поскольку приговор и протокол судебного заседания аккумулируют все происшедшее в суде. Прокурор может знакомиться с этими процессуальными актами как сторона, а не как орган надзора за судом.

2. Прокурор обязан опротестовать каждый незаконный и необоснованный приговор (ст. 325 УПК РСФСР). Это чисто надзорная функция, несовместимая с процессуальным положением прокурора как стороны. На практике прокуроры редко знакомятся с приговорами и делами для принесения протеста в пользу подсудимого (для этого есть адвокаты).

3. Формально прокуроры вправе приносить протесты, требуя оправдания осужденного, или смягчения наказания, или применения менее строгого уголовного закона. Реально прокуроры это правомочие не используют, и это правильно, поскольку оно противоречит выполняемой ими функции обвинения. Расчленение функций необходимо и в данной стадии уголовного процесса.

4. Прокурор приносит протест, а защитник подает жалобу. Это прямо указывает на их неравное положение в процессе. Прокурор тоже должен подавать жалобу, как это предусмотрено законодательством многих цивилизованных стран (ФРГ, США, Франции и др.).

5. В суде второй инстанции может выступать не тот прокурор, который поддерживал обвинение в суде первой инстанции. Он не связан позицией государственного обвинителя и может, например, добиваться реабилитации подсудимого при наличии обвинительного приговора или смягчения наказания (квалификации деяния), несмотря на то, что в кассационном протесте ставился вопрос об «ужесточении» наказания (квалификации). Из этого как будто следует, что прокурор в суде второй инстанции — орган надзора за законностью. Но прокуратура — централизованная система, и вряд ли приемлема ситуация, когда, допустим, помощник районного прокурора в суде первой инстанции требует осуждения подсудимого, а помощник областного прокурора настаивает на его реабилитации. Во избежание этого

¹ Басков В. И. Указ, соч., с. 140.

необходимо установить: в суде кассационной инстанции выступает тот прокурор, который поддерживал обвинение в суде первой инстанции. Если по каким-либо причинам это невозможно, то расхождение в позициях между государственным обвинителем и прокурором, выступающим в суде второй инстанции, не следует рассматривать как проявление прокурорского надзора. Ведь и в суде первой инстанции государственный обвинитель, вступивший в дело после отвода его предшественника, может занять иную позицию, но мы же не говорим, что тем самым он осуществляет прокурорский надзор.

6. В суде кассационной инстанции прокурор дает от имени государства заключение по жалобе другой стороны и может выйти за пределы жалобы (ревизионное начало). Эти надзорные полномочия прокурора надо ликвидировать и уравнивать его права с защитой. Недопустимо, что одна сторона в процессе дает заключение на жалобу другой стороны. Это противоречит принципу состязательности. И прокурор, и защитник должны излагать суду свои объяснения и мнения.

Устранение отдельных проявлений прокурорского надзора из стадии кассационного производства должно стать одним из направлений судебной реформы в России.

Законом «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный Кодекс РСФСР»¹ от 7 августа 2000 г. введено апелляционное производство в районном (городском) суде (дело рассматривает единолично судья этого суда) в отношении приговоров, вынесенных мировыми судьями. Производство в апелляционной инстанции ведется по правилам, установленным для судебного разбирательства. Участие прокурора в апелляционном производстве обязательно, если он возбудил дело частного обвинения или принес протест. Прокурор поддерживает обвинение, но если оно не подтверждается доказательствами, вправе от него отказаться или изменить его в благоприятную для подсудимого сторону, что должно влечь соответственно прекращение судьей уголовного дела или изменение им обвинения сообразно требованиям прокурора.

Надзорное производство в действующем законодательстве РФ сконструировано таким образом, что вышестоящие прокуроры (Генеральный прокурор РФ, его заместители, прокуроры субъектов Федерации) и вышестоящие судьи (Председатель Верховного Суда РФ, его заместители и председатели судов субъектов Федерации) на равных основаниях могут принести в порядке надзора протесты как Обвинительного, так и оправдывающего (смягчающего) характера. Однако среди протестов прокуроров

¹ Российская газета, 2000, 10 августа.

явно преобладают протесты обвинительного характера (до 85%). Прокуратура как единая централизованная система довольно часто отстаивает позицию государственного обвинителя, занятую им еще в суде первой инстанции, используя для этого и кассацию, и судебный надзор. Поэтому, исходя из среднестатистических данных, функцию прокурора в надзорном производстве следовало бы считать обвинительной. Это логическое продолжение функции обвинения, которую прокуратура осуществляет в судах первой и второй инстанций.

Если исходить из того, что прокуратура — орган государственного обвинения, а не надзора, то эта функция постепенно отомрет сама по себе.

Что касается протестов председателей судов и их заместителей, то они никоим образом не должны быть обвинительными. Эти лица осуществляют функцию правосудия, и они никак не могут и не должны возлагать на себя еще и функцию обвинения, принося протесты на оправдательные приговоры, мягкость наказания и квалификации деяния. За вышестоящими судьями надо оставить право принесения надзорных протестов, благоприятных для осужденного. Это служило бы противовесом обвинительной направленности прокурорских протестов. Причем протесты судей желательнее именовать представлениями; Необходимо отменить право председателя суда (его заместителя) участвовать в обсуждении собственного протеста и голосовать за него. Это позволит минимизировать влияние председателя суда (его заместителя), принесшего протест, на судей, которые этот протест рассматривают.

Закон все же возлагает на прокурора в этой стадии процесса некоторые надзорные полномочия, от которых желательнее отказаться. В частности, необходимо лишить прокурора права давать заключения по делам, рассматриваемым по протестам председателей судов (их заместителей). Следует развивать Начало состязательности в стадии надзорного производства. В этой связи уместно привести постановление Конституционного Суда РФ от 14 февраля 2000 г. по делу А. Б. Дулова и др., из которого следует, что осужденный (оправданный) и другие участники процесса вправе знать содержание надзорного протеста, подать возражения на него и путем участия в заседании суда надзорной инстанции или иным образом донести до суда свою позицию по делу. Расширение состязательности надзорного производства свидетельствует о том, что и в нем прокурор все более и более становится обвинителем.

Что касается возобновления дел по вновь открывшимся обстоятельствам, то прокурор осуществляет функцию уголовного преследования тех лиц, по чьей преступной вине был вынесен незаконный и необоснованный приговор (судей, прокуроров,

81

следователей, дознавателей, потерпевших, свидетелей, экспертов, переводчиков).

Но расследуя иные вновь открывшиеся обстоятельства (п. 4 ч. 2 ст. 384 УПК РСФСР), прокурор не выполняет ни функцию обвинения, ни функцию защиты. И это понятно, потому что в данном случае вообще нет обвинений и нет уголовного дела, то есть совокупности материалов, изобличающих кого-либо в совершении преступления. После установления вновь открывшихся обстоятельств прокурор, выступая в суде, требует отмены основанного на них приговора, независимо от того, является ли этот приговор обвинительным или оправдательным. Таким образом, в данном случае прокурор обвинителем не является. Но и надзором за законностью эту функцию тоже нельзя назвать.

В стадии исполнения приговора прокурор вправе участвовать в рассмотрении судом некоторых процессуальных вопросов (об освобождении осужденного от наказания по болезни, об условно-досрочном освобождении и т. д.). В данном случае прокурор — не обвинитель, однако он и не орган надзора за судом и вообще не надзорный орган. В ряде стран такие функции выполняет пенитенциарный судья, фигура которого, быть может, могла бы подойти и для российского уголовно-исполнительного права.

81

8. СУД И ПРОКУРОР В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Советская прокуратура с самого начала ее образования (1922 г.) осуществляла надзор за законностью не только в уголовном, но и в гражданском процессе. Эта функция прокуратуры опиралась на гипертрофированный принцип публичности, согласно которому даже частные интересы и отношения между людьми контролируются государством. В. И. Ленин писал об «усилении вмешательства государства ... в частно-правовые отношения», в том числе в «гражданские дела»¹. Широко известна ленинская фраза о том, что в сфере гражданских отношений «мы ничего частного не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное». Отсюда — широкое участие прокурора в гражданском процессе, отказ от принципа, состязательности и равноправия сторон, что нашло выражение уже в ГПК РСФСР 1923 г. Прокурор претендовал на защиту в суде интересов не только общества и государства, но и частных лиц в порядке оказания частным лицам правовой помощи даже при отсутствии их согласия на это. Более того,

¹ Ленин В. И.: Полн. собр. соч, т. 44, с. 398.

82

прокурор был поставлен над судом в качестве органа, надзирающего за законностью.

Такое процессуальное положение прокурора было закреплено в ст. 12 ГПК РСФСР и получило поддержку в научной литературе. Так, В. С. Тадевосян, соглашаясь с ГПК, писал, что прокурор в гражданском процессе осуществляет надзор, не являясь стороной, принимает меры к устранению всяких нарушений законности, от кого бы они ни исходили, дает заключения по вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства и по делу в целом, может вступить в гражданское дело в любой стадии процесса и «вправе вмешаться в любой спор сторон»¹.

О прокуратуре как органе надзора в гражданском процессе писали многие другие авторы².

В начале 90-х годов ситуация в стране стала меняться. Следуя идее гражданского общества, государство старалось все меньше и меньше вторгаться во взаимоотношения граждан. Публичное начало стало уступать принципу диспозитивности, согласно которому граждане сами решают, как им распоряжаться своими правами, и от их волеизъявления зависит возбуждение дела и его прекращение. Даже в сфере уголовного процесса наметилась тенденция к расширению диспозитивного начала (ст. 9 УПК РСФСР — возможность прекращения уголовного дела публичного обвинения ввиду примирения обвиняемого с потерпевшим, ст. 271 УПК РСФСР — возбуждение уголовного преследования члена коммерческой или иной общественной организации с согласия руководителя этой организации). Но в области гражданского судопроизводства ситуация долгое время оставалась прежней. Авторы многих современных публикаций комментировали ГПК РСФСР в части предоставления прокурору надзорных и публично-правовых полномочий, как будто в его статусе ничего не надо менять³.

Правда, в ряде других публикаций о надзорных функциях прокурора в гражданском процессе умалчивалось⁴.

1 Тадевосян В. С. Курс советского гражданского процессуального права. Том 1 / Под ред. Мельникова А. А., М., 1981, с. 283—287.

2 Даев В. Г., Машунов М. И. Основы теории прокурорского надзора. Л., 1990, с. 114; Викут М. А. Правовое положение прокурора, предъявившего иск в интересах другого лица.— Вопросы теории и практики прокурорского надзора. Саратов, 1974, с. 135-136.

3 Комментарии и разъяснения к Федеральному закону «О прокуратуре» СПб., 1999, с. 100 и след.: Прокурорский надзор в Российской Федерации / Под ред. Чувилева А. А. М., 2000, с. 260 и след.

4 Гражданское процессуальное право России. Учебник / Под ред. Шакарян М. С. М., 1996.

83

Но 7 августа 2000 г. был принят Федеральный закон «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный Кодекс РСФСР»¹, отменивший ст. 12 ГПК РСФСР. Таким образом, прокурор больше не рассматривается как орган надзора за законностью в гражданском судопроизводстве, а лишь участвует в рассмотрении судом гражданских дел. Однако не отменена ст. 41 ГПК- РСФСР, которая наделяет прокурора надзорными полномочиями — давать заключения по всем возникающим в суде вопросам и по делу в целом.

При подготовке проекта ГПК РФ столкнулись два взгляда, из которых один — оставление за прокурором надзорных и публично-правовых полномочий почти в том виде, как они определены действующим ГПК², а другой — устранение этих правомочий и значительное сужение роли прокурора в гражданском процессе.

Теперь рассмотрим отдельные правомочия прокурора, от которых, на наш взгляд, следует отказаться.

1. Необходимо сохранить отказ от положения отмененной ст. 12 ГПК РСФСР, согласно которой прокурор в гражданском судопроизводстве осуществлял надзор за точным и единообразным исполнением законов и своевременно принимал предусмотренные законом меры по устранению всяких нарушений закона, от кого бы эти нарушения ни исходили.

В соответствии со ст. 120 Конституции РФ судьи независимы и подчинены только Конституции РФ и федеральному закону. Из этого следует, что прокурор не должен надзирать за судом. Он не вправе также надзирать за другими участниками процесса, поскольку Конституция РФ установила, что судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123)³.

2. Граждане могут защищать свои интересы самостоятельно или с помощью адвокатов. Для малоимущих и страдающих тяжкими заболеваниями должно быть учреждено бесплатное представительство, осуществляемое адвокатурой за счет федерального бюджета. Но и до введения такой меры прокуроры не должны возбуждать Гражданские дела без согласия лиц, интересы кото-

1 Российская газета, 2000, 15 августа.

2 Власов А. Не ограничивать права прокурора в гражданском процессе.— Законность, 2000, № 8, с. 41-43.

3 Нельзя согласиться с мнением, что цели прокурора и суда по гражданским делам совпадают и что прокурор выполняет задачу содействия суду в правильном и своевременном рассмотрении дела. (Жилин Г. А. Цели гражданского судопроизводства и их реализация в суде первой инстанции. М., 2000, с. 73). Прокурор и суд выполняют разные процессуальные функции, а если говорить о «содействии», то его в равной мере оказывают суду и прокурор, и истец, и ответчик

84

рых они намерены защищать (кроме недееспособных). Взрослый дееспособный человек должен сам решить; доверяет ли он представительство своих интересов прокурору, или будет их защищать самостоятельно, или обратится к адвокату. Принудительного представительства быть не должно. Прокурор должен иметь право обратиться в суд от своего имени для защиты лишь общественных и государственных интересов, как это имеет место в арбитражном процессе.

В 1999 г. прокуроры предъявили в суды общей юрисдикции РФ 231 877 исков, в том числе в интересах граждан — 63,2%¹. Из этих цифр следует лишь такой вывод: прокуратура неосновательно присвоила себе адвокатские, правозащитные функции, как будто ей больше нечем заняться.

В приказе Генерального прокурора от 15 января 1997 г. № 1 «Об участии прокурора в гражданском судопроизводстве», в частности, говорится, что прокуроры в обязательном порядке независимо от согласия заинтересованных лиц должны участвовать в рассмотрении гражданских дел о лишении или ограничении родительских прав (ст. 70, 73 Семейного кодекса), об отмене усыновления (п. 2 ст. 140 Семейного кодекса), о признании гражданина умершим или безвестно отсутствующим (ст. 255 ГПК РСФСР), о восстановлении на работе, о выселении без предоставления другой жилплощади и т. п.

Для разрешения указанных дел достаточно компетенции суда и усилий сторон (жалобщиков), поэтому участия прокурора не требуется или, по крайней мере, необходимо, чтобы прокурор действовал по просьбе или с согласия заинтересованного лица. С учетом этих соображений необходимо внести соответствующие изменения в Семейный кодекс и ГПК РСФСР.

Под этим углом зрения желательно пересмотреть и приказ Генерального прокурора от 24 октября 1996 г. «О задачах органов прокуратуры по реализации полномочий в арбитражном процессе», устранив из него пункты, касающиеся защиты в арбитражном порядке прав и интересов частных лиц (занятие коммерческой деятельностью без специального разрешения, наличие данных о недействительности оспариваемых сделок или сделок, противных основам нравственности, и т. п.).

Все изложенное относится и ко вступлению прокурора в процесс на любой стадии судопроизводства.

3. Закон предусматривает участие прокурора в гражданском деле по требованию суда (ч. 2 ст. 41 ГПК-РСФСР). Причем речь идет о любом деле и о любом требовании, не ограниченном какими-либо условиями. Тем самым суд признает для себя невоз-

1 Власов А. Указ, статья, с. 42.

85

можным разрешить гражданское дело без содействия прокурора. Такая беспомощность суда вряд ли оправдана, поэтому указанная норма права должна быть отменена.

4. Неприемлема следующая точка зрения: «Прокурор не должен ... ждать, когда в прокуратуру обратятся граждане, организации с жалобой на судебные решения и определения. Он обязан по собственной инициативе знакомиться в суде с решениями по делам, в рассмотрении которых он не принимал участия...»¹. Это самая настоящая апологетика прокурорского надзора за судом, крен в сторону публичности процесса в ущерб его диспозитивности. К тому же это мера — реально не выполняемая, поскольку прокурор просто не в силах тщательно ознакомиться со всеми решениями суда по всем делам и дать им правильную оценку, поскольку он не участвовал в рассмотрении этих дел судом.

5. Не согласуется с состязательным построением процесса и, на наш взгляд, подлежит отмене правило, согласно которому прокурор дает заключения по вопросам, возникающим во время разбирательства дела, и по существу дела в целом (ч. 3 ст. 41 ГПК РСФСР). Нельзя допустить, чтобы прокурор как бы возвышался над сторонами и вместо изложения своего мнения давал заключения по всем вопросам, возникающим в суде. Прокурор, подавший заявление или вступивший в дело позже, — сторона в процессе, и как таковая не должен иметь больше прав, чем другая сторона. Вместо заключения по делу в целом достаточно выступления прокурора в прениях. Если прокурор предъявил иск, то он в соответствии с ч. 3 ст. 41 ГПК РСФСР выступает в суде дважды — дает объяснения по предъявленному иску и дает заключение по делу в целом. Получается, что прокурор дает заключение по собственному иску, тогда как другая сторона выступает лишь с объяснениями. К тому же прокурор дает заключение по делу в целом после завершения судебных прений (ст. 187 ГПК РСФСР). Это лишает стороны и других участвующих в деле лиц возможности выступить с возражениями против доводов прокурора, положение которого в процессе становится явно привилегированным. Если прокурор предъявил иск, то он обосновывает его сначала в прениях сторон, а в заключении по делу в целом прокурор должен «больше внимания уделить анализу возражений ответной стороны, остановиться на общественной оценке поведения того или иного лица, участвующего в деле, привести примеры судебной практики по аналогичным делам, сослаться на руководящие разъяснения...»² и т. д. Таким об-

1 Там же, с. 43.

2 Пискарев И. К. Комментарий к Гражданскому процессуальному Кодексу РСФСР. Изд. 2-е / Под ред. Треушникова М. К., 1999, с. 247.

86

разом, прокурор, в отличие от других участников процесса, выступает дважды, причем в заключении повторяет то, что уже сказал в прениях, и к тому же зачем-то характеризует поведение отдельных лиц (?).

Если прокурор поддерживает кассационный протест, то он опять-таки выступает дважды — сначала дает объяснения как сторона, а потом — заключение как орган надзора (ч. 3 ст. 303 ГПК РСФСР). Такое совмещение функций и привилегия выступать последним несовместимы с принципом состязательности судопроизводства. Столь явное нарушение принципа состязательности процесса неприемлемо. Кстати, в арбитражном процессе прокурор заключений не дает.

6. Суд может не принять признание иска и не утвердить мировое соглашение, если оно нарушает интересы государства. В данном случае имеет место отступление от принципа состязательности и преувеличение роли публичности в деятельности суда. Отказ от исковых требований, даже без приведения мотивов отказа, во всех случаях должен влечь прекращение производства по делу. Иск — движущая сила процесса, и если его нет, то нет и самого процесса.

7. Прокурор не должен приносить протесты по гражданским делам. Протест прокурора указывает на надзорный характер его деятельности. Поскольку прокурор — не орган надзора он, как и другая сторона, должен лишь обжаловать решение суда при несогласии с ним. Кстати, в арбитражном процессе прокурор подает апелляционные жалобы, а не протесты.

8. Опасение, что лишение прокурора надзорных полномочий затруднит поиски истины по гражданскому делу, лишено оснований. Состязательность процесса и равноправие сторон — лучший способ установления истины.

Издание осуществлено при поддержке института «Открытое общество» (фонд Сороса)

Лицензия ЛР № 066365 от 09.03.99.

Подписано в печать 22.06.2001 Формат 60х90

Печать офсетная. Печ. л. 5,5. Тираж 500 экз. Заказ N 6227

ООО «Перспект-Н» 115201, г. Москва, Каширский пр., д. 3.

Отпечатано с готовых диапозитивов

в филиале Государственного Ордена Октябрьской революции,

Ордена Трудового Красного Знамени Московского предприятия

«Первая Образцовая типография»

Государственного комитета Российской Федерации по печати. 113114, Москва, Шлюзовая наб., 10.