

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

УДК 343.14

А.С. Барабаш

ЦЕЛИ ОСНОВНОГО И ДОПОЛНИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕССОВ ДОКАЗЫВАНИЯ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

В качестве цели уголовно-процессуального доказывания рассматриваются обстоятельства, подлежащие доказыванию, содержание которых закреплено в ст. 73 УПК РФ. Анализируя эту статью, автор обнаруживает много недостатков как в конструкции статьи, так и в изложении отдельных обстоятельств, подлежащих доказыванию. В результате предлагается редакция статей, закрепляющих цели основного и дополнительных процессов доказывания.

Ключевые слова: *цель, обстоятельства, подлежащие доказыванию, цели основного и дополнительных процессов доказывания.*

Любое дело, в том числе и уголовно-процессуальное доказывание, немыслимо без предварительного определения цели. Именно цель позволяет познающему в действительности выделить объекты, работа с которыми приведет к получению знания. Но для этого цель должна быть конкретной. И в качестве таковой, со всеми ее недостатками, рассмотрим содержание ст. 73 УПК РФ, где закрепляются обстоятельства, подлежащие доказыванию¹. Но не всем исследователям процесса указанное в ст. 73 кажется конкретным. Существуют предложения, в силу которых следует вообще отказаться от нормативного определения цели «ибо нормативизация есть одновременно и догматизация того, что объективно не может быть одинаковым у всех уголовных дел» [2, с. 135]. Основанием для подобного рода предложения служат рассуждения, смысл которых можно свести к следующему: в качестве предмета доказывания необходимо рассматривать, факты, имеющие значение для дела – основные факты (и связанные с ними обстоятельства). Набор основных фактов и средств их доказывания может варьироваться от одной категории дел к другой. Анализируя данное предложение, мы видим, что вместо цели нам предлагают результат – «факт, имеющий значение для дела». Как устанавливался этот факт, имеющий значение для дела, на что ориентировался при этом познающий – остается за скобками. Нам предьявляется уже готовое. Подобное понимание хорошо вписывается в парадигму состязательного процесса, где познавательная деятельность сторон до судебного разбирательства – это то, что готовится по рецепту каждой стороны, основная цель которой в суде – добиться победы.

В процессе, основанном на публичном начале, необходимо, чтобы цель деятельности была зафиксирована в законе. Обусловлено это тем, что результат ее – совместный плод усилий субъектов доказывания по реализации общей для них цели. Он может быть достигнут, если все они одинаково понимают цель доказывания. Нормативизация цели возможна, хотя результат ее реализации будет разным, зависящим от того, обстоятельства какого преступления будут установлены. Исследователи, выступающие против закрепления цели доказывания в законе, видят не то, что лежит в начале деятельности, а ее результат. Да, результаты разные, но основа для их получения одна – теоретическая конструкция состава преступления, которая находит в ст. 73 УПК РФ свое выражение процессуальным языком. Без обстоятельств, которые в ней указаны, вряд ли обойдутся и сторонники состязательности, только они должны разделить их на обстоятельства, которые доказывает сторона обвинения, и обстоятельства, доказываемые стороной защиты.

Приняв за цель доказывания обстоятельства, закрепленные в ст. 73 УПК РФ, следует согласиться, что действующая редакция, так же как и содержание аналогичной ей ст. 68 УПК РСФСР, несовершенна. Она формирует обвинительный уклон у правоприменителя [3, с. 55; 4, с. 69–84; 5, с. 28–29]. Правда, если брать и рассматривать ее содержание в совокупности с текстом ст. 74 УПК РФ, то обвинительный уклон нивелируется следующим предписанием законодателя для субъекта доказывания. Он обязан устанавливать «наличие или *отсутствие* (выделено автором. – А.Б.) обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу...» Следовательно, нужно устанавливать не только событие, но и его отсутствие, не только виновность, но и невиновность. Установление подобных обстоятельств лежит в основе прекращения уголовных дел, уголовного преследования и вынесения оп-

¹ Такое понимание цели уголовно-процессуального доказывания было обосновано в [1, с. 226–229]. Современная дискуссия о том, является ли истина целью процесса доказывания, на наш взгляд, не обнаружила новых аргументов в подтверждение этого тезиса.

равдательных приговоров за отсутствием события преступления или состава преступления (ст. 24, п. 2 ч. 1 ст. 27, п.п. 1 и 3 ч. 2 ст. 302 УПК РФ). Именно исходя из того, что эти обстоятельства значимы для принятия очень важных решений по делу, они должны быть отражены не в ст. 74 УПК РФ, говорящей о доказательствах, а в статье, формулирующей цели правоприменителя.

А теперь более внимательно обратимся к ст. 73 УПК РФ. Для облегчения восприятия нашего анализа содержания этой статьи приведем ее текст:

1. При производстве по уголовному делу подлежат доказыванию:

1) событие преступления (время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления);

2) виновность лица в совершении преступления, форма его вины и мотивы;

3) обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого;

4) характер и размер вреда, причиненного преступлением;

5) обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния;

6) обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание;

7) обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания;

8) обстоятельства, подтверждающие, что имущество, подлежащее конфискации в соответствии со ст. 104¹ УК РФ, получено в результате совершения преступления или является доходами от этого имущества, либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации).

2. Подлежат выяснению также обстоятельства, способствовавшие совершению преступления.

Выше уже упоминалось, что обстоятельства, подлежащие доказыванию, правда не все, – описание элементов состава преступления процессуальным языком. И так как только все элементы в их единстве позволяют сказать о преступлении, то и установление всех значимых для этого обстоятельств во взаимосвязи позволяет познать событие прошлого и к познанному применить уголовно-правовую норму. Значит, установление обстоятельств ст. 73 УПК РФ в первую очередь должно дать материал для уголовно-правовой квалификации. Это в случае, если было совершено преступление. Но может быть и иной результат – установленное дает основание для вывода о том, что деяния не было или оно не подпадает под признаки преступления.

Обращение с этих позиций к тексту ст. 73 УПК РФ не позволяет с первого взгляда выявить указанную выше взаимосвязь. Мешает этому или нехватка

обстоятельств, которые необходимы для соотнесения с элементами состава, или наличие таких, что устанавливаются не по всем преступлениям или вообще не значимы для уголовно-правовой квалификации. Есть и обстоятельства, которые могут применяться как при установлении, так и после установления обстоятельств, эквивалентных составу преступления, а есть обстоятельства, которые должны быть учтены при решении вопроса о неприменении наказания, так называемые обстоятельства освобождения от уголовной ответственности, и обстоятельства, которые могут повлечь за собой освобождение от наказания. Они подробно описываются в Уголовном кодексе РФ.

Незначимым для уголовно-правовой квалификации является обстоятельство, которое отражено в п. 8. Установление его важно для решения вопроса о конфискации. Мы предлагаем вывести это обстоятельство за пределы ст. 73 УПК РФ. Дополнительным основанием для этого решения является и то, что вопрос о конфискации возникает далеко не по каждому уголовному делу, значимость же выделения обстоятельств в ст. 73 обусловлена тем, что они должны устанавливаться при расследовании любого преступления. По приведенному выше основанию мы полагаем некорректной редакцию п. 4, где говорится о необходимости установления характера и размера вреда, причиненного преступлением. В этом виде этого пункта не должно быть среди обстоятельств, подлежащих доказыванию.

Чего же не хватает в ст. 73 УПК РФ? Объекта преступного посягательства и посягнувшего субъекта. Нужно ли включать объект преступного посягательства в перечень обстоятельств, подлежащих доказыванию? На наш взгляд, в этом нет необходимости. Направленность действия, обусловленного целью и мотивом, при установлении последних не затруднит определить объект преступного посягательства. По-иному обстоит дело с субъектом, точнее, с его отсутствием. В отдельных случаях недостижение возраста уголовной ответственности и невменяемость лишают возможности говорить о том, что было совершено преступление. Следовательно, между п. 1 и п. 2 ст. 73 обязательно должен быть пункт, нацеливающий правоприменителя на установление субъекта преступления.

А сейчас обратимся к редакции пунктов, значимых для квалификации. Три момента привлекают внимание при рассмотрении содержания п. 1 – событие преступления, скобки, следующие за ним, и в скобках – другие обстоятельства совершенного преступления. Выше уже говорилось о том, что только установление всех обстоятельств совершения деяния в прошлом при соотнесении их со статьей уголовного кодекса позволяют говорить о том, что было совершено преступление, но их же установление может привести к отказу от применения норм уголовного права. Не учитывая эти моменты, редакция п. 1 опережает события, привязывая результат толь-

ко к преступлению – формирует у правоприменителя обвинительный уклон. Для устранения этих недостатков предлагаем говорить о деянии², не связывая его с преступным характером³, а исходя из того, что результат деятельности может быть разным, зафиксировать в содержании п. 1 обязанность устанавливать не только наличие деяния, но и его отсутствие. Скобки, стоящие за словами «событие преступления», в действующей редакции п. 1 вызывают недоумение. При таком построении изложения содержимое скобок раскрывает содержание того, что стоит перед ними. Но разве деяние – это время, место, способ и другие обстоятельства совершения преступления? Нет. Деяние происходит в определенное время, в определенном месте и совершается определенным способом. Следовательно, деяние от времени, места и способа должно отделяться запятой. Ставит в тупик неопределенность «других обстоятельств совершения преступления». Что же это за обстоятельства? На наш взгляд, возможен только один ответ – последствия. Они могут быть разными, но какими бы они не были, только их наличие дает возможность говорить о преступном характере совершенного. Деяние всегда вызывает последствия. Таким образом, снимая неопределенность содержания этой части текста, мы предлагаем «другие обстоятельства совершения преступления» заменить кратким, но точным словом – последствия. Подобная замена влечет за собой и упразднение п. 4 этой статьи, где говорится о характере и размере вреда, причиненного преступлением, так как материальные последствия – одна из разновидностей последствий совершенного. Таким образом, на наш взгляд, редакция п. 1 ст. 73 УПК РФ должна выглядеть следующим образом:

1. При производстве по уголовному делу подлежат доказыванию:

1) деяние, время, место, способ и последствия совершенного или отсутствие деяния.

После этого добавляем новый пункт, необходимость которого была показана выше:

2) лицо, совершившее деяние.

Лицо может совершить деяние как виновно, так и невиновно. В существующей редакции п. 2 речь идет только о виновном совершении деяния, что служит закреплением обвинительной установки правоприменителя. Подпитывается она и тем, что законодатель ведет речь о виновности лица в совершении преступления. Еще раз необходимо повторить, что не следует до окончания процесса доказывания говорить о том, что было совершено преступление. В рамках уголовно-процессуального доказывания устанавливается событие прошлого, пре-

ступно оно или нет, решается при применении норм уголовного права, что в этой ситуации происходит за пределами процесса. С учетом замечаний редакция п. 3 должна быть следующей:

3) виновность лица в совершении деяния, форма вины и мотивы или невиновность в совершении деяния.

Итак, по нашему мнению, начало ст. 73 УПК РФ должно выглядеть следующим образом:

1. При производстве по уголовному делу подлежат доказыванию:

1) деяние, время, место, способ и последствия совершенного или отсутствие деяния;

2) лицо, совершившее деяние;

3) виновность лица в совершении деяния, форма вины и мотивы или невиновность в совершении деяния.

Установление указанных выше обстоятельств в их взаимосвязи дает вполне достаточный материал для уголовно-правовой квалификации или служит основанием для отказа от нее.

Отдельно мы не говорим о причинной связи. Указание в п. 1 на деяние и последствия делает это излишним.

Теперь следует определиться со значением других обстоятельств, которые предлагает устанавливать ст. 73 УПК РФ. Прежде всего, мы будем работать с обстоятельствами, присутствие которых в этой статье считаем излишним. Выше был предложен критерий для определения избыточности – в цели должно быть отражено то, что подлежит обязательному установлению для того, чтобы дать материал для квалификации и определения меры воздействия.

В п. 5 действующей редакции говорится об обстоятельствах, исключающих преступность и наказуемость деяния. Избыточность данной словесной конструкции – признак несовершенства законодательной техники. Зачем говорить об обстоятельствах, исключающих наказуемость, если выяснены обстоятельства, исключающие преступность деяния? Обращение к тексту уголовного кодекса говорит о правильности нашего замечания. В нем есть гл. 8, где содержатся нормы, говорящие об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, но нет норм, исключающих наказуемость деяния⁴. Во всех случаях, что перечисляются в этой главе, единая основа – отсутствие субъективной стороны. В действующей редакции существование п. 5 оправданно, но если согласиться с предлагаемой нами редакцией п. 3, где говорится о необходимости доказывания и невиновности, нужда в сохранении п. 5 в новой редакции ст. 73 отпадает.

Пункт 7, где речь идет о необходимости установления обстоятельств, которые могут повлечь за

² Замена слова «событие» на «деяние» имеет тот смысл, что событие прошлого как раз нас и интересует, это результат деяния, которое мы и должны познать. Полная картина о событии прошлого возникает в нашем сознании при установлении всех значимых обстоятельств.

³ Но не забывая, что речь идет об установлении обстоятельств, имеющих юридическое значение.

⁴ Попутно заметим, что употребление в уголовном и уголовно-процессуальных кодексах применительно к данным обстоятельствам слова «деяние» подтверждает правильность произведенной нами замены этим словом слова «событие».

собой освобождение от уголовной ответственности и наказания, находит свою конкретизацию в содержании гл. 11 и 12 Уголовного кодекса. Содержание норм гл. 12, названной «Освобождение от наказания», в большинстве случаев говорит об основаниях освобождения от отбывания наказания. Какое это имеет значение для установления обстоятельств, значимых для квалификации и определения меры воздействия? Никакого. Процесс закончен, приговор вступил в законную силу. Большинство указанных обстоятельств могут возникнуть при исполнении приговора, и чтобы освободить лицо от дальнейшего отбывания наказания, они, безусловно, должны быть установлены, но им не место в ст. 73 УПК РФ. Подтверждением ошибочности решения законодателя служит содержание ст. 397 УПК РФ. Правда, здесь основания освобождения от отбывания наказания сформулированы как вопросы, подлежащие рассмотрению судом при исполнении приговора, что не меняет сути.

Мы вновь сталкиваемся с избыточностью, ненужностью закрепления в п. 7 ч. 1 ст. 73 УПК РФ обязанности устанавливать обстоятельства, которые могут повлечь освобождение от уголовной ответственности⁵. О них речь идет в гл. 4 УПК, где излагаются основания отказа в возбуждении уголовного дела, прекращения уголовного дела и уголовного преследования. Хотя прекращение уголовного дела является одной из форм окончания предварительного расследования, обстоятельства, указанные в гл. 11 УК РФ и продублированные в гл. 4 УПК РФ, встречаются далеко не по каждому уголовному делу. В силу этого им не место в ст. 73 УПК РФ.

Итак, нами пока в этом тексте не проанализированы два пункта ч. 1 ст. 73 – это п. 3 (обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого) и п. 6 (обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание). Начнем с того, что проще. При сравнении обстоятельств этих пунктов наиболее доступными для анализа являются обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание. Они изложены в ст.ст. 61 и 63 УК РФ. Обстоятельства же, характеризующие личность обвиняемого, не определены ни в УК РФ, ни в УПК РФ. Законодатель не раскрывает понятия личности, он не знает, что это такое, следовательно, он не может назвать и обстоятельства, которые характеризуют личность.

Итак, попытаемся понять, как связаны обстоятельства ст.ст. 61 и 63 УК РФ с обстоятельствами совершенного деяния и с определением наказания. Первое, что лежит на поверхности при обращении к этим обстоятельствам, – они устанавливаются не по каждому делу. Второе – их можно сгруппировать по разным основаниям. В одних случаях они не связаны с совершенным преступлением. Например, несовершеннолетие виновного, беременность, наличие

малолетних детей или неоднократность преступлений, рецидив преступлений.

В других случаях связь усматривается, но с разными обстоятельствами, подлежащими доказыванию. В ч. 2 ст. 73 УПК РФ предписывается устанавливать обстоятельства, способствовавшие совершению преступления. В ст. 61 УК РФ мы их находим в достаточном количестве. Это и совершение преступления вследствие случайного стечения обстоятельств; в силу стечения тяжелых жизненных обстоятельств; совершение преступления в результате физического или психического принуждения либо в силу материальной, служебной или иной зависимости и ряд других.

С установлением обстоятельств, позволяющих говорить об объективной стороне совершенного деяния, связаны все пункты ст.ст. 61 и 63 УК РФ, где речь идет о последствиях. В одних случаях – небольшая тяжесть, в других – наступление тяжких последствий. Есть в ст. 63 УК РФ обстоятельство, которое признает повышенную степень общественной опасности в случае применения особо опасных способов совершения преступления.

С субъективной стороной связано не одно обстоятельство рассматриваемых статей УК. И явка с повинной, активное содействие раскрытию преступления и оказание помощи потерпевшему и т.п. Совершение преступления по предварительному сговору, активная в нем роль и т.п. В ст. 63 УК РФ есть обстоятельства, где прямо подчеркивается сугубая опасность совершения преступления с определенным мотивом.

Итак, с одной стороны, получается, что в анализируемых статьях есть обстоятельства, не связанные с совершенным преступлением, большинство же связано с установлением определенных обстоятельств совершенного, но в то же время эти обстоятельства при расследовании могут быть установлены, но их может и не быть. Раньше при анализе других обстоятельств отдельные из них мы отводили в силу того, что они не устанавливаются при расследовании всех преступлений. Поступить так в рассматриваемом случае нам мешает то, что большинство обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, позволяет конкретизировать степень общественной опасности совершенного преступления. Если общее представление о степени общественной опасности преступления у нас формируется высшим пределом санкции, то при совершении конкретного преступления установленные в ходе расследования смягчающие или отягчающие обстоятельства позволяют нам передвинуть шкалу общественной опасности совершенного вниз на несколько делений и установить ее, например, на отметке 5 лет лишения свободы, или не делать этого. Но то, что мы остановились на этой отметке, не означает, что именно столько будет отмерено виновному в приговоре. Ведь наказание должно применяться не как кара за совершенное преступление, а с целью исправления

⁵ На самом деле, в гл. 11 УК РФ, которая так и названа «Освобождение от уголовной ответственности», речь идет об освобождении от наказания.

лица, совершившего преступление, для этого и нужно установить обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого. Но прежде чем перейти к последним, следует решить, что делать с рассматриваемыми обстоятельствами – оставить среди обстоятельств, подлежащих доказыванию, или вывести вон. Связь с обстоятельствами, установление которых значимо для квалификации, не позволяет их вывести за скобки, но в то же время то, что они устанавливаются при расследовании не всех преступлений, не позволяет их включить наряду с деянием, субъектом, виновностью в один перечень, что по-прежнему нас склоняет к отдельной норме.

Статья 73¹ УПК РФ. Обстоятельства, установление которых позволяет конкретизировать степень общественной опасности совершенного преступления.

В необходимых случаях при производстве по уголовному делу подлежат установлению обстоятельства:

- 1) смягчающие наказание;
- 2) отягчающие наказание.

Установление обстоятельств совершенного деяния в отдельных случаях теснейшим образом связано с установлением обстоятельств, позволяющих конкретизировать степень общественной опасности совершенного, и их можно было бы включить в первые, но, как выше уже об этом говорилось, для этого существует препятствие – не все они и не по всем делам могут быть в наличии. Но есть они или их нет в конкретном случае, они в тексте закона должны стоять между деянием и обстоятельствами, значимыми для определения меры воздействия за совершенное. Еще один момент, говорящий о необходимости отдельного формулирования обстоятельств, установление которых значимо для определения наказания. Исходя из предложенной нами редакции обстоятельств, значимых для квалификации, мы не должны забывать, что в отдельных случаях наша работа будет закончена именно на этом этапе. Установлено отсутствие деяния, доказана невиновность – переходить к другим обстоятельствам нет смысла. Таким образом, при расследовании преступления обязательному доказыванию подлежат только обстоятельства, установление которых значимо для квалификации. Все иные обстоятельства факультативны и устанавливаются только при доказанности совершения деяния, обладающего юридическими признаками [6, с. 218–228].

Итак, содержание последней статьи, говорящей об обстоятельствах, подлежащих доказыванию:

Статья 73² УПК РФ. Обстоятельства, установление которых необходимо для определения наказания.

После установления обстоятельств ст.ст. 73 и 73¹ подлежат установлению следующие обстоятельства:

- 1) целевые установки лица, совершившего преступление;
- 2) его доминантный мотив;

- 3) причины и условия формирования у него целевых установок и доминантного мотива;

- 4) отношение лица к различным видам наказания, которые могут быть применены к нему за совершенное преступление.

В действующей редакции ст. 73 УПК РФ есть и вторая часть, которая звучит следующим образом: «подлежат выяснению также обстоятельства, способствовавшие совершению преступления». При анализе обстоятельств, смягчающих и отягчающих ответственность, среди них мы указали те, которые способствуют совершению преступления, но обстоятельства, способствующие совершению преступления, в определенной мере выходят за пределы указанных выше, установление их имеет профилактическое значение, связано с установлением субъективной стороны, а в отдельных случаях имеет самостоятельное значение как основание для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. Исходя из столь прочной связи этих обстоятельств с обстоятельствами деяния, полагаем возможным сохранение этой части в ст. 73 УПК РФ.

После проделанной работы цели уголовно-процессуального доказывания сведем в одном месте.

Статья 73 УПК РФ. Обстоятельства, подлежащие доказыванию.

1. При производстве по уголовному делу подлежат доказыванию:

- 1) деяние, время, место, способ и последствия совершенного или отсутствие деяния;
- 2) лицо, совершившее деяние;
- 3) виновность лица в совершении деяния, форма вины и мотивы или невиновность в совершении деяния.

2. Подлежат выяснению также обстоятельства, способствовавшие совершению преступления.

Статья 73¹ УПК РФ. Обстоятельства, установление которых позволяет конкретизировать степень общественной опасности совершенного преступления.

В необходимых случаях при производстве по уголовному делу подлежат установлению обстоятельства:

- 1) смягчающие наказание;
- 2) отягчающие наказание.

Статья 73² УПК РФ. Обстоятельства, установление которых необходимо для определения наказания.

После установления обстоятельств ст.ст. 73 и 73¹ УПК РФ подлежат установлению следующие обстоятельства:

- 1) целевые установки лица, совершившего преступление;
- 2) его доминантный мотив;
- 3) причины и условия формирования у него целевых установок и доминантного мотива;
- 4) отношение лица к различным видам наказания, которые могут быть применены к нему за совершенное преступление.

ЛИТЕРАТУРА

1. *Барабаш А.С.* Истина и достоверность в уголовно-процессуальном познании // Вестник Красноярского государственного университета. Сер.: Гуманитарные науки. 2004. № 6. С. 226–229.
2. *Фролов С.А.* Свойство относимости уголовно-процессуальных доказательств: проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород: НА МВД РФ, 2008. 256 с.
3. *Банин В.А.* Предмет доказывания в советском уголовном процессе (гносеологическая и правовая природа). Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1981. 157 с.
4. *Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькин П.С.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1978. 304 с.
5. *Лузгин И.М.* Расследование как процесс познания: учеб. пособие. М.: Высшая школа МВД, 1969. 95 с.
6. *Барабаш А.С.* Публичное начало российского уголовного процесса. СПб.: Юридический центр Пресс, 2009. 420 с.