

Следственный судья Украины: анализ юрисдикционных и следственных функций в контексте российских процессуальных аналогов

КОВТУН НИКОЛАЙ НИКОЛАЕВИЧ,
профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики» — Нижний Новгород,
доктор юридических наук, профессор

Теории уголовно-процессуальной науки достаточно известны дискуссии о необходимости введения в уголовное судопроизводство России фигуры специализированного следственного судьи¹. Повторяться в основных моментах этой дискуссии не предмет данной работы, поскольку всегда есть возможность обратиться к анализу позиций непосредственно авторов — фигурантов этой дискуссии, а не к их парафразу, окрашенному субъективным восприятием того или иного исследователя. В данной связи новое обращение к назначению и функциям следственного судьи вызвано сугубо утилитарными соображениями. Ввиду явно обозначенной заинтересованности высших властных структур в данном фигуранте правовых отношений проблемы структурной организации деятельности следственного судьи, его функций и полномочий в уголовном судопроизводстве России, как представляется, перешли из области доктринальных дискуссий в область практическую, законодательскую. Во всяком случае, видимо, так должны быть оценены выступления высших должностных лиц исполнительной власти и судебной системы России, связанные с обсуждением функций данного фигуранта, озвученные на VIII Всероссийском съезде судей, состоявшемся в декабре 2012 г.²

Естественно, возникли вопросы о векторах грядущих реформ и тех побудительных мотивах, которые сформировали столь ясно обозначенный властный интерес к анонсируемому субъекту; тем более что уголовному судопроизводству России в целом известны юрисдикционные функции, которыми планируется «наделить» фигуру специализированного следственного судьи. Речь, по сути, об оперативном судебном контроле³, который в действующем уголовном судопроизводстве России достаточно апробирован, и реализуется через процессуальные формы, концептуально определенные положениями ст. 108, 125, 165 УПК РФ. Столь широко анонсированный (на момент введения в действие УПК РФ 2001 г.) в качестве независимой, действенной и эффективной процессуальной гарантии обеспечения интересов и прав заинтересованных лиц, указанный судебный контроль, как резюмируется в российской уголовно-процессуальной доктрине, фактически не оправдал своего назначения⁴. Не обеспечивая реальной защиты интересов и прав за-

интересованных лиц (участников процесса), судьи, реализующие указанный судебный контроль, по сути, формально «штампуют» ходатайства следственных органов о применении мер процессуального принуждения или о производстве следственных действий, ограничивающих конституционные права и свободы личности (ст. 108, ст. 165 УПК РФ). Не гарантирует эффективности судебной защиты и обжалование заинтересованными лицами в суд действий и решений следственных органов и прокурора, урегулированное по правилам ст. 125 УПК РФ. Доводы, примеры и обобщающие статистические данные, объективно свидетельствующие об обоснованности и фактической повсеместности озвученных (выше) явлений, по сути, стали определяющими при характеристике этого направления судебной деятельности в российской уголовно-процессуальной доктрине. Достаточно проанализированы и основные причины указанного положения дел, что, по идее, избавляет нас от ненужных повторов в этих моментах.

Сложившееся негативное положение дел в области оперативной судебной защиты, видимо, призван исправить анонсируемый следственный судья. Указанное, по идее, возможно. Однако исключительно в той ситуации, когда анонсируемый субъект, во-первых, будет структурно и организационно выведен из общей системы судов общей юрисдикции, начнет функционировать в качестве подлинно независимой и властной структуры⁵. Во-вторых, когда его юрисдикционные функции будут наполнены действительно эффективными полномочиями по реализации оперативного судебного контроля за действиями и решениями следственных органов и прокурора; когда целью повседневной практической деятельности станет не «общее дело» борьбы с преступностью, а именно обеспечение интересов, конституционных прав и свобод личности. В-третьих, когда реально будет обеспечена материальная, кадровая, властная составляющие автономного функционирования данной структуры, призванной занять весомое место в системе сдержек и противовесов власти судебной, обвинительной, следственной. В данной связи, при разработке и внедрении грядущих нормативных новелл, видимо, надо принять во внимание тот нормативный и практический опыт, кото-

рый наработан применительно к регламентации функций и структурной организации деятельности исследуемого субъекта правовых отношений в странах с аналогичной системой права и устройства судов. Определенный интерес в этом отношении представляет фигура специализированного следственного судьи по новому УПК Украины⁶, функции и полномочия которого предлагается подвергнуть анализу.

Оговоримся: структурно следственный судья Украины не выведен из системы судов общей юрисдикции и, соответственно, в качестве автономной властной структуры не функционирует. Являясь судьей первой инстанции, он избирается на должность общим собранием судей данного суда (п. 18 ч. 1 ст. 3 УПК Украины)⁷; при этом закон не определяет ни срок его полномочий, ни принципиальных условий для внесения фигуры того или иного кандидата на голосование, ни сам порядок голосования. По смыслу закона не освобождается данный субъект и от отправления правосудия в качестве судьи первой инстанции. Соответственно, в составе суда может быть один или несколько (избранных) следственных судей. Последовательность реализации ими собственно функции судебного контроля определяется посредством автоматизированной системы документооборота суда (ст. 35 УПК Украины). Нарушение установленных правил отбора — безусловное основание для отвода следственного судьи (п. 5 ч. 1 ст. 75 УПК Украины); при этом основания отвода оцениваются другим судьей суда первой инстанции, который презюмируется беспристрастным, поскольку он так же определен в порядке ст. 35 УПК Украины. Системой указанных правил законодатель, по идее, презюмирует независимость и беспристрастность носителя функции специализированного судебного контроля, эффективность установленной системы гарантий. При этом, правда, не поясняется, насколько указанное реально возможно в одно- или двухсоставных судах, где «выборы» и «автоматизированное определение» беспристрастного следственного судьи для разрешения конкретного спора сторон во многом объективируется в легальную и, добавим, практически непреодолимую фикцию. Сомнительной видится и подлинная независимость, а равно «власть» следственного судьи, который и организационно, и материально, и во многом процессуально включен в общий состав судей первой инстанции, связан с ними общностью деятельности и итоговой статотчетности. В данной связи оптимальным (нам) видится все же порядок, при котором в судоустройственном плане следственный судья изначально призван функционировать в качестве автономного носителя судебных функций⁸.

Несовсемточно определен уголовно-процессуальным законом и вопрос о функциях следственного судьи Украины. Пункт 18 ч. 1 ст. 3 УПК Украины, по идее, однозначен в этом вопросе, указывая, что к полномочиям указанного субъекта относится исключительно осуществление функции судебного контроля за соблюдением прав, свобод и интересов лиц в уголовном производстве. Юрис-

дикционный характер указанной функции, полагаем, не может быть предметом дискуссий. Разрешая по существу (явный или потенциальный) спор между участниками правовых отношений, следственный судья не санкционирует различного рода ходатайства, а именно вершит правосудие, постановляет акты судебной власти — обязательные к исполнению и обеспеченные принудительной силой. Подробнее к сути указанных актов мы обратимся в дальнейшем. Пока же укажем, что кроме юрисдикционных к полномочиям следственного судьи отнесены и явно следственные функции. Об этом, к примеру, свидетельствуют нормы ст. 225 УПК Украины. Согласно последним в исключительных случаях следственный судья Украины призван к обеспечению доказательств на досудебном этапе расследования. К примеру, признав обоснованным ходатайство стороны о допросе в судебном заседании свидетеля, потерпевшего, получение показаний от которых может оказаться невозможным при рассмотрении и разрешении дела по первой инстанции, следственный судья по правилам допроса в судебном заседании обеспечивает фиксацию и процессуальную легитимность полученных показаний для будущего рассмотрения и разрешения дела по существу⁹. При наличии (на данный момент) сторон в досудебном производстве следственный судья обязан обеспечить их непосредственное участие, как в указанном заседании, так и в прямом и перекрестном допросе допрашиваемых лиц. Нормы ст. 232 УПК Украины дополнительно указывают на то, что, по сути, в том же процессуальном порядке можно осуществить опознание — как следственное действие; они же регламентируют условия реализации указанной деятельности в режиме видеоконференции (дистанционное расследование¹⁰).

Нормы УПК РФ, связанные с оперативным судебным контролем или производством предварительного расследования, в принципе не имеют подобных аналогов. В данной связи определенные пояснения к сути и назначению указанной деятельности следственного судьи видятся, к примеру, в уголовно-процессуальном законодательстве Германии. Немецкий участковый судья (ФРГ, Австрия), как справедливо указывает А.В. Смирнов, прежде всего, судья-дознатель. Главная его задача — производство следственных действий, призванных к обеспечению доказательств¹¹. Посредством вышеисследованных аналогов указанный судья непосредственно участвует в доказывании, внося в него элемент состязательности и элемент достоверности судебных доказательств. Во многом реализация указанной функции направлена и к минимизации возможных конфликтов между сторонами в суде первой инстанции, достаточно субъективно трактуемыми право суда на оглашение ранее полученных свидетельских показаний. Учитывая, насколько проблемной (для суда и сторон) в уголовном судопроизводстве России является практика применения в суде первой инстанции норм ст. 276 и 281 УПК РФ, полагаем, что аналоги исследуемых полномочий могли быть урегулированы и приме-

нительно к российскому процессу доказывания на досудебном этапе производства по делу.

Не совсем ясно и то, к каким именно (юрисдикционным или следственным) функциям следует отнести деятельность следственного судьи Украины, связанную с установлением срока ознакомления с материалами дела, оконченного расследованием (ч. 10 ст. 290 УПК Украины), или с разрешением отводов, заявленных на досудебном этапе уголовного производства (ч. 2 ст. 81 УПК Украины). Аналоги первого отчасти известны уголовному судопроизводству России (ч. 3 ст. 217 УПК РФ), где подобный, по сути, конфликт следственных органов и стороны защиты, по сути манкирующей своими правами, разрешается по правилам ст. 125 УПК РФ. Второе, в отличие от известных российских аналогов, несомненное достоинство УПК Украины, поскольку спор сторон относительно наличия оснований отвода (следователя, прокурора...) решается не кулуарно, а органом судебной власти и по правилам судебного заседания. Юрисдикционный характер разрешения, как первого, так и второго спора сторон представляется очевидным. Полагаем, справедливо и то, что в плане дифференциации указанное направление деятельности следственного судьи должно быть отнесено к институту судебного разрешения жалоб и ходатайств заинтересованных лиц. Российские и украинские аналоги данного института соответственно определены нормами ст. 125 УПК РФ и главы 26 УПК Украины.

Как и в действующем российском аналоге УПК Украины, в качестве относительно самостоятельных выделяет три вида (процессуальные формы) реализации юрисдикционных функций следственного судьи:

— судебный контроль за применением мер обеспечения уголовного производства (раздел II УПК Украины). Конвенционально российский аналог указанной деятельности — нормы ст. 108 УПК РФ;

— судебный контроль за производством следственных действий, ограничивающих конституционные права и свободы личности (ст. 233, 234–236, ч. 5 ст. 240, ст. 242–244, 245 УПК Украины). В российском уголовном процессе эта форма судебного контроля реализуется посредством норм ст. 165 УПК РФ. Полагаем, что конвенционально к этой же форме должен быть отнесен юрисдикционный судебный контроль за производством негласных следственных (розыскных) действий (глава 21 УПК Украины). В российской нормативной традиции указанная форма судебного контроля, как связанная с вторжением в сферу охраны государственной тайны, — синтез норм ст. 165 и ч. 3 ст. 31 УПК РФ;

— судебный контроль, связанный с разрешением жалоб заинтересованных лиц на процессуальные действия и решения следственных органов и прокурора (глава 26 УПК Украины). Российский аналог указанной формы, как уже отмечалось, в нормах ст. 125 УПК РФ¹².

На этом конвенциональное тождество между российским и украинским аналогом, по сути, заканчивается, поскольку юрисдикционные полномочия следствен-

ного судьи Украины не могут быть поставлены ни в какое сравнение с деятельностью и итоговыми актами российских судей, реализующих оперативный судебный контроль. И дело даже не в том, что практически любая из мер обеспечения уголовного производства применяется исключительно по постановлению следственного судьи, а сам перечень указанных мер куда как оптимальнее для обеспечения результативности данного производства (ч. 2 ст. 131 УПК Украины)¹³. Кардинальное отличие в том, что украинский законодатель в принципе исключил из сферы практической деятельности следственного судьи, во многом надуманную, проблему внутренней предпрешенности вывода о виновности подозреваемого (обвиняемого), якобы формируемого у субъекта контроля в результате проверки и оценки юридических и фактических оснований для законного и обоснованного применения мер процессуального принуждения. В то время как российские судьи диалектически изучали и применяли известные постановления Пленума, согласно которым судья, с одной стороны, был *a priori* не вправе входить в оценку доказанности обвинения¹⁴; с другой стороны, был просто обязан помнить о том, что наличие обоснованного подозрения — одно из изначально необходимых условий для законного и обоснованного заключения под стражу¹⁵, следственный судья Украины непосредственно в силу закона обязан оценить и проверить доказанность инкриминируемого подозрения и причастность к нему фигуранта, в отношении которого решается вопрос о применении мер обеспечения уголовного производства (ч. 2 ст. 177, п. 1 ч. 1 ст. 178, п. 2 ч. 1 ст. 196 УПК Украины). Отсутствие указанной убежденности, напротив, в принципе не позволяет властному субъекту контроля постановить акт о наличии оснований для ограничения прав и свобод участников процесса (ч. 4 ст. ст. 189 УПК Украины).

Методологически точно решен украинским законодателем и весьма коллизийный вопрос о преюдициальной силе выводов и актов следственного судьи для суда, рассматривающего дело по первой инстанции. По нормам ст. 198 УПК Украины: выраженные в постановлении следственного судьи выводы относительно любых обстоятельств, которые касаются подозрения, обвинения (его фактической доказанности. — *Н.К.*) не имеют преюдициального значения для суда во время судебного разбирательства или для следователя или прокурора во время этого или другого уголовного производств. Таким образом, составляя предмет исключительно внутреннего убеждения следственного судьи, сформированного на беспристрастной и независимой оценке исследованных в ходе судебного заседания доказательств, названные выводы в принципе не ограничивают (не «предрешают») самостоятельных субъектов доказывания ни в предмете познания, ни в его итоговых выводах, ни в средствах познавательной деятельности.

Нормативно установлены в УПК Украины и ограничения к субъективному (фактически не ограниченному в российских процессуальных условиях. — *Н.К.*) примене-

нию к подозреваемым такой меры пресечения, как содержание под стражей (ч. 3 ст. 183 УПК Украины). Разрешая ходатайство следственных органов и прокурора о применении указанной меры, следственный судья, удовлетворяя ходатайство, одновременно обязан определить размер залога, достаточный для обеспечения выполнения подозреваемым обязанностей, предусмотренных законом¹⁶. С момента внесения залога подозреваемый немедленно освобождается из-под стражи и считается таким, к которому применена мера пресечения в виде залога (ч. 4 ст. 202 УПК Украины). В итоге посредством указанной нормы сохраняются семейные, трудовые и иные социальные связи подозреваемого, реально обеспечивается его доступ к эффективным средствам защиты, минимизируются возможности негативного воздействия в условиях содержания под стражей.

Для понимания социальной направленности установленных законом процессуальных гарантий принципиально и то, что ходатайство подозреваемого об изменении (любой!) меры пресечения или об изменении/отмене дополнительных обязанностей, установленных в связи с применением указанных мер следственным судьей (ст. 194 УПК Украины), является обязательным к судебному рассмотрению. Как и ходатайство следственных органов, оно разрешается в судебном заседании, с участием сторон, в срок не позднее трех суток. По сути, в том же социальном контексте украинский законодатель ориентирует следственного судью, разрешающего ходатайство следственных органов, на выбор наименее обременительного (для ограничиваемых лиц) способа исполнения акта о применении мер обеспечения уголовного производства. Законодателя, к примеру, интересуют не только публичные интересы следственных органов и прокурора, но и интересы осуществления нормальной предпринимательской деятельности лица, чье имущество должно быть подвергнуто аресту (ч. 4 ст. 173, ч. 2 ст. 236 УПК Украины). Российский законодатель, регламентируя систему мер процессуального принуждения, о подобных «удобствах» для обвиняемого, как известно, даже не помышляет.

По идее, созвучна российским аналогам и процессуальная форма судебного контроля за производством следственных действий, ограничивающих конституционные права и свободы личности. Как и в российском уголовном процессе, украинский законодатель дифференцирует данную форму контроля: на предварительный (ч. 1–2 ст. 233 УПК Украины) и последующий судебный контроль (ч. 3 ст. 233 УПК Украины). По сути, идентичны и правовые последствия отказа судьи в признании законным и обоснованным следственного действия, в силу исключительных обстоятельств реализованного без постановления следственного судьи. Правда, в российском аналоге (ч. 5 ст. 165 УПК РФ) отсутствует указание закона об императивности уничтожения всех полученных посредством реализованного следственного действия сведений, которые *a priori* не могут иметь статуса доказательств. Указанное, на наш взгляд, является явным упущением

российского закона, позволяя следственным органам и прокурору неоднократно ставить вопросы о процессуальной легитимности полученных сведений и привлечении их к процессу доказывания.

Естественно, не имеет российских аналогов и достаточно весомое право частных заинтересованных лиц (стороны защиты) быть полноправными инициаторами судебного контроля за производством следственных действий, в производстве которых, по ходатайству названных лиц, было отказано следователем или прокурором (ст. 244 УПК Украины). Нарботанная оговорка российских судей, по сути отказывающих в судебной защите, суть которой заключается в том, что: «...следователь уполномочен самостоятельно направлять ход расследования и принимать решения о производстве следственных и процессуальных действий» (п. 3 ч. 2 ст. 38 УПК РФ), не нашла должного понимания у украинского законодателя. В данной связи следственный судья Украины не только принимает и разрешает указанные ходатайства по существу, но и императивно обязывает соответствующие органы государства к императивной реализации удовлетворенного запроса сторон (ч. 6 ст. 244 УПК Украины)¹⁷. Тем самым не в качестве конституционно окрашенных деклараций, а в качестве реальной процессуальной гарантии обеспечивается процессуальное равенство сторон в собирании и представлении доказательств в процесс (ч. 2 ст. 22 УПК Украины), в принципе не обеспеченное российским уголовно-процессуальным законом.

Закон, правда, предусматривает и альтернативную форму судебной защиты для частных заинтересованных лиц, поскольку отказ следователя, прокурора в удовлетворении ходатайства стороны защиты о производстве необходимых следственных/процессуальных действий может быть обжалован непосредственно следственному судье по правилам института обжалования (п. 7 ч. 1 ст. 303 УПК Украины). При этом в отличие от видов решений, предусмотренных ч. 5 ст. 125 УПК РФ, в принципе не обеспечивающих эффективность испрашиваемой судебной защиты, итоговые решения следственного судьи Украины, установленные для данной формы контроля, носят реально юрисдикционный характер. В частности, следственный судья Украины вправе: непосредственно отменить решение следователя или прокурора, послужившее предметом проверки; обязать следователя или прокурора прекратить обжалуемое действие (бездействие); обязать указанных лиц к императивному совершению (в интересах заявителя) определенных действий (пп. 1–3 ч. 2 ст. 307 УПК Украины). Как видим, в отличие от российского аналога, украинский законодатель позволил следственному судье ограничивать субъективное усмотрение следователя и прокурора. Примечательно и то, что итоговое постановление следственного судьи, вынесенное по результатам рассмотрения жалобы частных заинтересованных лиц, не может быть обжаловано и отменено в апелляционном порядке (ч. 3 ст. 307 УПК Украины)¹⁸. В итоге именно заявители вправе определять, каким из

установленных средств судебной защиты им целесообразно воспользоваться для более эффективного обеспечения своих интересов и прав¹⁹.

Можно, конечно, и дальше множить примеры, свидетельствующие о кардинально различных подходах к пониманию сути и назначению деятельности следственного судьи в УПК Украины и УПК РФ. Деятельности, функционирующей либо в качестве реальной процессуальной гарантии обеспечения интересов и прав заинтересованных лиц, либо как средство привычного публично-правового диктата. Однако мы все же далеки от того, чтобы идеализировать нормативную модель оперативного судебного контроля, установленную в нормах УПК Украины. Во-первых, нами уже отмечалось, что устоявшееся и ориентированное на сугубо публично-правовые смыслы понимания закона правосознание конкретных субъектов применения права реально в состоянии нивелировать действие даже самых совершенных нормативных конструкций. Во-вторых, при более скрупулезном анализе сами конструкции видятся уже не столь совершенными. Причем речь идет именно о принципиальных моментах деятельности следственного судьи Украины, о методологических, по сути, противоречиях в понимании действительной воли закона и реализованных нормативного реформ.

Проблемы, прежде всего, в явных коллизиях норм УПК Украины, связанных с распределением бремени доказывания в рамках исследуемых производств. Обсудим, казалось бы, буквальную волю закона относительно роли и места следственного судьи (суда) в процессе реализуемого доказывания:

1. В соответствии с принципом состязательности по УПК Украины: уголовное производство осуществляется на основе состязательности, предусматривающей **самостоятельное отстаивание стороной обвинения и стороной защиты** их правовых позиций (ч. 1 ст. 22 УПК Украины). При обращении к содержанию принципа диспозитивности украинский законодатель еще раз подчеркивает: следственный судья в уголовном производстве решает только те вопросы, которые вынесены на его рассмотрение **сторонами** (ч. 3 ст. 26 УПК Украины). Как видим, обязанность доказывания своих притязаний в состязательном уголовном процессе законодателем правомерно возложена именно на стороны.

2. По нормам ст. 92 УПК Украины обязанность доказывания обстоятельств, входящих в предмет доказывания, также **возложена на стороны**. Суд, следственный судья — вообще не указаны в качестве управомоченных субъектов доказывания тех обстоятельств, к которым (при разрешении спора) апеллируют участники процесса. Указанное видится разумным и справедливым, ибо именно стороны обязаны доказать суду обоснованность своих притязаний. Не указаны суд, следственный судья и среди **субъектов собирания доказательств** (ч. 1 ст. 93 УПК Украины). Более того, в ч. 3 ст. 93 УПК Украины законодатель считает необходимым еще раз подчеркнуть, что при ини-

цировании оперативного судебного контроля именно стороны **обязаны обеспечить представление суду** надлежащих и допустимых доказательств.

По нормам ч. 4 ст. 95 УПК Украины следственный судья, суд могут обосновывать свои выводы только на тех показаниях, которые они **непосредственно** восприняли во время судебного заседания. Непосредственно — как известно, устно и в рамках судебного заседания, а не тайно в служебном кабинете или по правилам письменных производств, которые исторически присущи, скорее, известной российской ревизии. Более того, в итоговом решении суд не вправе ни ссылаться на доказательства, которые были предоставлены не непосредственно ему, а следователю или прокурору, ни обосновывать ими итоговые выводы. Правило непосредственности проверки и оценки доказательств судом, таким образом, становится, по сути, определяющим для деятельности суда, следственного судьи.

3. Последователен законодатель и в нормах ч. 3 ст. 132 УПК Украины: применение мер обеспечения уголовного производства не допускается, если **следователь, прокурор** не докажут объективное наличие юридических и фактических оснований, подтверждающих законность и обоснованность применения испрашиваемых перед следственным судьей мер²⁰. По сути, в том же императивном контексте изложена ч. 5 ст. 132 УПК, также указывающая на то, что во время рассмотрения вопроса о применении мер обеспечения уголовного производства, **именно стороны** должны предоставить следственному судье доказательства обстоятельств, на которые они ссылаются.

Вышеуказанное — фактически императивное бремя доказывания, которое несут частные заинтересованные лица (заявители/стороны) или публичные процессуальные органы, доказывая свои притязания независимому, беспристрастному суду, следственному судье, призванному лишь к беспристрастному разрешению спора. Однако стройность данных (состязательных, по идее) конструкций несколько нарушают нормы закона, в соответствии с которыми следственный судья:

— имеет право не только по ходатайству сторон, но и **по собственной инициативе** осуществить судебный вызов практически любого лица, если придет к убеждению, что данное лицо может дать показания, которые имеют значение для правильного разрешения спора (ст. 134 УПК Украины). Здесь, как видим, уже не заинтересованные стороны, как предписывает закон, а именно следственный судья (суд) самостоятельно решает вопрос как о релевантно значимых обстоятельствах предмета доказывания, так и необходимых средствах такого доказывания, активно дополняя нереализованные усилия сторон в вопросах о доказанности юридических или фактических оснований применения мер обеспечения уголовного производства. По сути, в том же нормативном контексте изложены нормы ч. 4 ст. 151, ч. 3 ст. 156, ч. 4 ст. 172, ч. 4 ст. 193 УПК РФ. Перечень при этом, оговоримся, далеко не исчерпывающий²¹. Таким образом, следственный судья всег-

да вправе по **собственной инициативе** заслушать любого из свидетелей (даже не вызванных сторонами) или инициативно исследовать любые материалы, несмотря на то, что стороны/заявители, по идее, не настаивают на исследовании указанных доказательств, не апеллируют к ним как к необходимым средствам обоснования своих притязаний.

Активный, действующий *ex officio*, всегда готовый к восполнению доказательственного материала и исправлению явных «огрехов» сторон, суд, безусловно, «удобен» для обеспечения свойств публичной законности итоговых актов суда²². Однако закономерен вопрос: насколько указанное соотносится с декларируемым состязательным строем процесса. Не ясно также: следует ли буквально толковать нормы ч. 1 ст. 152, ст. 157, ч. 2 ст. 158, ст. 173, ч. 4 ст. 189, ч. 2 ст. 194 УПК Украины, согласно которым следственный судья обязан отказать в удовлетворении внесенного ходатайства, если **следователь** или **прокурор** не докажут наличие необходимых для этого оснований.

Проблема надлежащего распределения бремени доказывания объективно являет себя и в нормах ст. 142 УПК Украины, согласно которым следственный судья исключительно в соответствии с субъективным **своим усмотрением** определяет необходимость (или отсутствие таковой) в непосредственном заслушивании доводов лица, внесшего в ходатайство. Сформировав внутреннее убеждение, что подобной необходимости не наблюдается, следственный судья самостоятельно подвергает оценке фактическую обоснованность внесенного ходатайства, *a priori* определяет отсутствие возможных возражений сторон, приходит в итоге к законному и обоснованному решению спора по существу; т.е. функционирует, как и ранее, в рамках привычной и наработанной публично-правовой процедуры.

Практически в том же публичном контексте изложена воля закона в нормах ч. 1 ст. 172 УПК Украины, ибо, с одной стороны, ходатайство об аресте имущества рассматривается следственным судьей, при участии следователя (прокурора) или иных заинтересованных в его разрешении лиц. С другой стороны, неприбытие этих лиц в судебное заседание не препятствует рассмотрению и разрешению внесенного ходатайства²³. Фактически и в указанной ситуации следственный судья Украины един в трех лицах: он и субъект обоснования притязаний к суду, и субъект обоснованных возражений по их существу, и управомоченный субъект разрешения спора. О том, насколько широко следственные судьи будут использовать предоставленные им возможности, гадать не приходится, ибо налицо более чем десятилетний опыт реализации в публично-правовом интересе оперативного судебного контроля по нормам УПК РФ.

Мы не можем согласиться с подобным распределением бремени доказывания в деятельности следственного судьи. Напротив, выверенными и соответствующими состязательному строю процесса видятся нормы закона, в соответствии с которыми **следователь** или **прокурор** являются обязательными участниками судебного заседания,

принимая на себя бремя доказывания тех притязаний, на разрешении которых они ходатайствуют перед судом (ч. 1 ст. 151, ч. 1 ст. 156, ч. 3 ст. 189, ч. 1 ст. 193, ч. 4–5 ст. 234 УПК Украины). Аналогично обстоит дело с обоснованием тех притязаний, которые подлежат разрешению следственным судьей по требованию частных заинтересованных лиц (ч. 4 ст. 163 УПК Украины). Необоснованное отсутствие указанных лиц в ходе судебного заседания, инициированного исключительно их ходатайством, должно либо однозначно оцениваться судом как отказ от заявленных притязаний, либо (при наличии письменной просьбы заявителя) ходатайство должно разрешаться на основе лишь тех доказательств, которые реально представлены, ибо суд не обязан к восполнению доказательственного материала.

В двойственном, по сути, контексте изложены и нормы закона (ч. 3 ст. 306 УПК Украины), согласно которым, с одной стороны, рассмотрение жалоб на решения, действия (бездействие) следственных органов и прокурора во время досудебного расследования осуществляется с обязательным участием лица, которое подало жалобу, или его защитника/представителя, а также следователя или прокурора, решения или действия которых обжалуются. С другой стороны, отсутствие **следователя** или **прокурора** не является препятствием для рассмотрения жалобы по существу. Согласимся, действительно не препятствует; но только в той ситуации, если законодатель, в соответствии с состязательным строем процесса, конвенционально, как юридический факт, изначально презюмирует, что следственным органам и прокурору нечего противопоставить доводам жалобы. Не присутствуя в процессе ее рассмотрения, они тем самым отказываются от бремени доказывания законности и обоснованности своих действий или решений, выступающих предметом проверки. Соответственно, суд разрешает жалобу (спор) исключительно в соответствии с требованиями и материалами той стороны, которая добросовестно реализовала бремя доказывания своих притязаний, не принимая на себя *ex officio* функций следственных органов и прокурора, ни функций другой стороны.

На наш взгляд, именно в данном контексте должна быть согласована вся система норм УПК Украины, регламентирующая деятельность следственного судьи. Именно этот порядок наиболее соответствует как состязательному строю процесса, так и принципу разделения основных процессуальных функций между различными субъектами доказывания. Суд не должен и не может брать на себя восполнение целевых функций сторон, ибо в ином случае он из независимого органа власти, органа беспристрастного разрешения спора неизбежно превращается в сторону спора, какими бы теоретическими изысками это положение дел ни вуалировалось в национальной уголовно-процессуальной доктрине. Каждый из этих моментов должен быть учтен и в той ситуации, если российский законодатель все же воспримет идею специализированного следственного судьи в ее классическом виде.

- ¹ См., напр.: Ковтун Н.Н. Следственный судья как субъект правовых отношений // Вопросы правоведения. 2012. № 1(13). С. 122–132; Ковтун Н.Н., Бухранова Т.С. Институт судебного следователя и специализированного следственного судьи в контексте опыта стран континентальной системы права // Российский следователь. 2011. № 17. С. 31–36; Ковтун Н.Н. Следственный судья в уголовном судопроизводстве России: за и против // Российская юстиция. 2010. № 9. С. 41–44; и др.
- ² См.: Материалы VIII Всероссийского съезда судей // Российская юстиция. 2013. № 2. С. 3–58.
- ³ Термин «оперативный судебный контроль» применительно к нормам ст. 108, 25, 165 УПК РФ впервые введен в правовой оборот Н.А. Колоколовым. См., напр.: Колоколов Н.А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования: реальность, перспективы // Государство и право. 1998. № 3. С. 31–39.
- ⁴ См., напр.: Колоколов Н.А. Стадии оперативного судебно-контрольного процесса // Уголовный процесс. 2009. № 9. С. 8–16; Ковтун Н.Н., Сулова Е.В. Эффективность оперативного судебного контроля // Уголовное судопроизводство. 2010. № 3. С. 7–15; Добровинский А.А. Взаимодействие защитника со следователем в досудебном производстве // Уголовный процесс. 2013. № 5. С. 18–19; и др.
- ⁵ Наглядным примером плодотворности подобных организационных усилий может, к примеру, служить известное выведение следственного аппарата из структуры Генеральной прокуратуры РФ и создание на его базе достаточно независимо и эффективно функционирующего Следственного комитета РФ (признаем, в том числе и посредством усилий достаточно амбициозного руководителя вновь созданной структуры).
- ⁶ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Украины (Закон № 4651 от 13.04.2012 г.). URL: www.Kalinovsky-k.narod.ru/zakon/upk_ukr.rar
- ⁷ Исключения из этого правила оговорены нормами ст. 247 УПК Украины, согласно которым разрешение ходатайства прокурора о проведении негласных следственных (розыскных) действий отнесено к компетенции следственного судьи, которым является либо председатель апелляционного суда области, г. Киева, Севастополя, АР Крым, либо по его постановлению иной судья данного состава суда. Указанное, впрочем, вполне объяснимо, как особым характером разрешаемого ходатайства, так и самих негласных следственных (розыскных) действий. Определенный аналог указанным полномочиям имеется и в УПК РФ, где разрешение ходатайств, связанных с предметом государственной тайны (ОРД), как известно, отнесено к компетенции судей краевого/областного суда (ч. 3 ст. 31 УПК).
- ⁸ Подробнее об этом см., напр.: Ковтун Н.Н. Следственный судья в уголовном судопроизводстве России: за и против... С. 41–44.
- ⁹ В тех же нормах ст. 225 УПК Украины речь идет об одновременном допросе в суде нескольких лиц. Скорее всего, несмотря на умолчание законодателя, имеется в виду очная ставка, призванная к устранению противоречий в показаниях указанных лиц (см.: ч. 9 ст. 224 УПК Украины).
- ¹⁰ Подробнее о данном расследовании см.: Ковтун Н.Н. УПК Российской Федерации и УПК Украины: pro et contra в контексте сравнительно-правового анализа // Уголовное судопроизводство. 2013. № 1. С. 23–31.
- ¹¹ См.: Смирнов А.В. Предисловие // Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. СПб., 2003. С. 21–22; Ковтун Н.Н. Следственный судья как субъект правовых отношений // Вопросы правоведения. 2012. № 1(13). С. 122–132.
- ¹² Подробнее о сути указанных форм см., напр.: Судебный контроль в уголовном процессе : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» // (А.И. Давыдова и др.); под ред. Н.А. Колоколова. 2-е изд., перераб. и доп. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и Право, 2009. 847 с.
- ¹³ К примеру, среди перечня указанных мер временное ограничение в пользовании специальным правом (ст. 148–153 УПК Украины) или временный доступ к вещам и документам (ст. 159–166 УПК Украины), аналогов которых, во-первых, в УПК РФ в принципе нет. Во-вторых, инициировать применение указанных мер (в своих интересах) реально может не только сторона обвинения, но сторона защиты.
- ¹⁴ См., напр.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 05.03.2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 25.03.2004. № 60; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 18.02.2009. № 27; и др.
- ¹⁵ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» // Российская газета. 02.12.2003. № 244.
- ¹⁶ Исчерпывающие исключения из данного императива установлены ч. 4 ст. 183 УПК Украины.
- ¹⁷ Более подробно см.: Ковтун Н.Н. УПК Российской Федерации и УПК Украины: pro et contra в контексте сравнительно-правового анализа. С. 23–31.
- ¹⁸ Исчерпывающий перечень постановлений следственного судьи, подлежащих обжалованию в апелляционном порядке, определен нормами ч. 1–2 ст. 308 УПК Украины.
- ¹⁹ О реалиях российской судебной защиты, «гарантированной» нормами ст. 125 УПК РФ, см., напр.: Судебный контроль в уголовном процессе : учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» (А.И. Давыдова и др.) / под ред. Н.А. Колоколова. 2-е изд., перераб. и доп. М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и Право, 2009. 847 с.
- ²⁰ Фактически аналогично изложены указанные предписания применительно к судебному контролю за производством следственных действий. Свидетельство тому — нормы ч. 5 ст. 234 УПК Украины.
- ²¹ К примеру, в том же нормативном контексте изложены нормы, регулирующие полномочия следственного судьи в ходе реализации судебного контроля за производством следственных действий (ч. 5 ст. 244 УПК Украины).
- ²² По нормам ч. 2 ст. 9 УПК Украины, правда, суд, следственный судья вовсе не являются субъектами обеспечения необходимой законности, поскольку среди субъектов всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельства дела увы, не указаны.
- ²³ По сути, та же ошибка имеет место и в нормах ч. 3 ст. 244 УПК, по смыслу которой неприбытие в судебное заседание частного заинтересованного лица, внесшего ходатайство, не препятствует его рассмотрению по существу.