



Смирнов Александр Витальевич –
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист
Российской Федерации

ДИСКУРСИВНАЯ СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ – УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС ПОСТИНДУСТРИАЛЬНОЙ ЭПОХИ

Обґрунтовано перехід до нової, дискурсивно-змагальної моделі кримінального судочинства, яка слідує з необхідності постійного врахування думок усіх його учасників, надання їм можливостей для максимальної реалізації своїх законних інтересів, неконбатантності кримінального процесу, завдання ресоціалізації правопорушника та відновлення суспільного миру.

Ключеві слова: реформи кримінального судочинства; громадський дискурс; поділ рішень; змагальність; публічність; неконфліктний; ресоціалізація; медіація; деформалізація; суд присяжних; електронна гелія.

Обосновано переход к новой, дискурсивно-состязательной модели уголовного судопроизводства, которая исходит из необходимости постоянного учета мнений всех его участников, предоставления им возможностей для максимальной реализации своих законных интересов, неконбатантности уголовного процесса, задачи ресоциализации правонарушителя и восстановления общественного мира.

Ключевые слова: реформы уголовного судопроизводства; общественный дискурс; разделение решений; состязательность; публичность; неконфронтационность; ресоциализация; медиация; деформализация; суд присяжных; электронная гелия.

The article, based on the concepts of changes which take place in the modern civilized world, justified the transition to a new, discourse-adversarial model of criminal procedure, which comes from the need to keep pace with the opinions of all its members, enabling them to maximize the legitimate objectives, the noncombatant criminal process, need of the resocialization of offenders and the restoration of public peace.

Keywords: criminal justice reforms; public discourse; separation of the solutions; adversarial proceedings; publicity; resocialization; mediation; deformalization; trial by jury; electronic gelieya.

Ео второй половины XX века в мире остро встал вопрос о реформировании уголовной юстиции, которая во многом перестала удовлетворять требованиям общества, перешагнувшего некий исторический рубеж. Его нередко называют переходом к новому – постиндустриальному, или информационному, – типу цивилизации. В ряде стран (Франция, Великобритания, Германия, Италия, Испания, Финляндия, Россия) идут напряженные поиски моделей уголовного судопроизводства, адекватных изменившимся социальным условиям. Однако пути к этому видятся по-разному, в зависимости от представлений и вкусов правоведов, политиков и законодателей. Одни пытаются решить проблему путем заимствований чужих процессуальных форм, среди которых особой популярностью пользуется английский тип судопроизводства, другие развивают в свете новых идей собственные традиции, например, континентального права. Говорят также о формировании конвергентной общеевропейской формы уголовного процесса. Вместе с тем анализ преобразований в этой сфере обнаруживает некую общую тенденцию. С социологической точки зрения она состоит в рационализации судопроизводства как коммуникативной формы социального действия. В этой связи, на наш взгляд, можно вскоре ожидать появления в современном мире нового порядка судопроизводства, который назовем дискурсивно-состязательным. Дискурсом называется (от лат. *discurso* – обсуждать) – рационально мотивированный процесс образования воли (политической, юридической и т. д.) в результате активного обсуждения тех или иных социальных действий через открытые структуры коммуникации путем постоянного взаимного сканирования мнений [1].

«Спусковым крючком» этих изменений служит, на наш взгляд, эффект «разделения решений», порожденный информационным взрывом, стремительно нарастающим разнообразием социальной жизни, когда традиционные управленческие методы уже не подходят для решения увеличивающихся почти в геометрической прогрессии массы проблем. В высшей степени этот вывод справедлив и для сферы юстиции – чуть ли не единственной отрасли социального управления, которой приходится иметь дело не со специализированным сектором информации, а с фактами, относящимися практически ко всем областям человеческой деятельности. Следователи, судьи – специалисты в области права – ежедневно сталкиваются с проблемами, выходящими за рамки их специальных знаний или жизненного опыта. Причем разнообразие окружающей действительности делает вопросы все более сложными. Компетентность перестает соответствовать компетенции. Традиционные, ранее легко «сходившие с рук» проволочки и недоделки полиции, следователей и судей вдруг начинают оборачиваться крахом уголовных преследований и отменой судебных решений, не выдерживая аргументов первого же толкового адвоката. Так, в Италии в 70-х гг. из десяти дел,

поступавших в суды, шесть прекращались; в Англии Королевская служба уголовного преследования прекращает до 20 процентов дел, поступающих из полиции, причем 58 процентов из них – в связи с недостаточностью доказательств [2, р. 446]. В США обвинения формулируются прокурорами только по 30-35 процентам дел, представленных полицией [3, р. 33]. В Германии, по некоторым данным, прокуратура отказывает в проведении расследования по 70 процентам материалов о преступлениях против личности [4, с. 44]. В Австрии до 50 процентов арестов отменяются судами после проверки их законности в состязательном судебном заседании [5, с. 54].

В настоящее время дискурсивная состязательность так же, как и породившие ее социальные явления, находится лишь на этапе зарождения. Однако ни одно из тех положений, которые сформулированы в этой статье, не является просто проекцией умозрительной теоретической конструкции. Их реальные прообразы разбросаны по национальным процессуальным формам в качестве реальных ростков нового правового содержания.

Нельзя сказать, чтобы этот процесс шел ровно. Реформы нередко сменяются контрреформами, частичным возвратом к прежним процессуальным формам, как это имело место во Франции в 1993 г. и в Италии в 1989–1992 годах. Но общая тенденция перемен ясна – это стремление распространить состязательность не только на судебные стадии процесса, но и на предварительное расследование, в первую очередь за счет перераспределения здесь процессуальных функций, превращения традиционного следственного судьи (*judge d'instruction*. – фр.) в «судью над следствием», а также достижения на стадии предварительного расследования действительного равенства сторон [6, с. 110–111, 126–127].

Формирующийся порядок судопроизводства делает преимущества состязательности одинаково доступными и надежными для каждого, а не только для сильного или властного, как это имело место в предыдущих, частно- и публично-исковых видах состязательности. Дискурсивная состязательность стремится обеспечить стороны не просто формально равными, но фактически достаточными возможностями для активной защиты своих законных интересов. Речь идет не о равноправии (идентичности прав) сторон, а об их функциональном равенстве, когда равны не столько права (в полном объеме они могут не совпадать), сколько процессуальные функции. Равенство функций не означает их предельного совпадения (обвинение, защита и судебная функция по-прежнему строго разграничены) – оно заключается в их одинаковой «мощности», способности сторон равно эффективно добиваться своих целей. В отличие от искусственного выравнивания сторон за счет предоставления защите ряда пассивных гарантий, как это было в старом, публично-исковом состязательном процессе, функциональное равенство наделяет участников новыми правами. Назовем их дискретными полномочиями сторон. Они означают, во-первых, обязательность для официальных органов, и в первую очередь для суда, определенных законных требований сторон (главным образом, касающихся получения

доказательств), а во-вторых, возможность реализации своих прав непосредственно самими сторонами в силу указания закона, без испрашивания каждый раз разрешения у какой-либо процессуальной инстанции. Так, за потерпевшим в современных процессуальных системах все чаще закрепляется право на участие в осуществлении функции обвинения дополнительно с государственным обвинителем или субсидиарно, в случае, если тот отказывается от обвинения (реальный аналог – *voie d'intervention* по УПК Франции). Потерпевший может также возбудить уголовное преследование, после чего предварительное следствие проводится публичным органом в обычном порядке (*voie d'action*). Наконец, в случае отказа публичного органа возбудить уголовное преследование потерпевший может заставить его сделать это путем обжалования данного решения в суде (как в Австрии). Но наиболее радикальным вариантом остается предоставление частному лицу права самому возбудить уголовное преследование и провести досудебную подготовку.

Главный резерв для распространения состязательности «вглубь» уголовного судопроизводства – предварительное расследование. Последнее в континентальном процессе долгое время и почти повсеместно строилось по французскому образцу, в основе которого лежал наполеоновский Кодекс уголовного следствия (*Code d'instruction criminelle*) 1808 года. Классический принцип этой модели – отделение функции уголовного преследования, выполняемой прокуратурой, от функции предварительного следствия – прерогативы следственного судьи, был сохранен и во французском УПК 1958 года. Однако такое разделение представляет собой лишь квазисостязательность, ибо следственные полномочия судьи практически неотделимы от полномочий обвинительных.

Попытки реформировать предварительное расследование начали предприниматься в континентальной Европе с середины 70-х гг. XX века, но особенного размаха достигли в конце 80-начале 90-х годов. При этом реформы шли в двух близких, обычно пересекающихся направлениях. Первое из них было связано с передачей следственных функций прокуратуре и отказом от фигуры следственного судьи либо превращением судьи-следователя в «судью над следствием», функция которого ограничивается судебным контролем. Считается, что такое преобразование способствует превращению досудебной подготовки в состязательную процедуру. Второе направление состоит в уравнивании прав обвинения и защиты, что также рассматривается как поворот к состязательности.

Можно выделить несколько моделей реформирования континентальных процессуальных систем, в рамках которых в той или иной степени реализовывались указанные направления. Противоположными крайними вариантами являются, на наш взгляд, французский и итальянский (последний недавно взяла за образец также Финляндия), между которыми можно поместить германский, а также португальский и испанский. К последним двум промежуточным моделям приближен проект реформы французского процесса, предложенный в 1989 г. комиссией

под председательством профессора М. Дельмас-Марты. Франция посредством недолго просуществовавшего Закона от 4 января 1993 г. сделала попытку смягчить следственный характер досудебной подготовки. Однако посягнуть на французскую судебную реликвию – *juge d'instruction* – авторы того закона не посмели, ограничившись лишь тем, что освободили следственного судью от несостязательной обязанности самому предъявлять обвинение. В отношении же обвиняемого, напротив, творцами закона была избрана суперлиберальная линия: при первом же появлении доказательств, позволяющих сделать предположение о конкретном лице, совершившем преступление, прокурор, так же, как и следственный судья, был обязан немедленно известить об этом «лицо, привлекаемое к рассмотрению» (*personne a l'encontre de laquelle*), которое решили больше не называть обвиняемым. Таким образом, привлечение лица к рассмотрению не зависело по этому закону от принятия специального решения прокурором либо следственным судьей, а определялось «волею судеб», в зависимости от наличия или отсутствия доказательств. Расследование при этом, конечно, теряло всякую секретность, а оперативно-розыскная деятельность существенно осложнялась, если вообще была возможна.

Введение закона вызвало заметное снижение активности судебной полиции: резко упало число задержаний и дел, по которым проводилось предварительное следствие. В связи с этим закон в том же году был срочно пересмотрен (Закон от 24 августа 1993 г.), и уголовный процесс Франции в части распределения процессуальных функций вернулся в привычное русло. Расследование во французском процессе по-прежнему ведет судья-следователь, принимающий дело к своему производству, собирающий доказательства, заключающий под стражу и, как и раньше, фактически предъявляющий обвинение. Иначе говоря, следственный судья продолжает совмещать юрисдикционные (судебные) полномочия с расследованием преступления, которое практически неотделимо от уголовного преследования [6, с. 117, 125].

При этом важно отметить, что уравнивание защиты с обвинением происходит не путем предоставления ей активных прав по собиранию и проверке доказательств – обязательный характер требований защиты о проведении следственных действий, право на адвокатское расследование, а за счет пассивных гарантий, среди которых наибольшее значение придается обжалованию незаконных действий и контролирующей роли следственной камеры. Поэтому в общем и целом предварительное расследование во Франции осталось смешанным, с относительно влиятельной розыскной составляющей.

В отличие от Франции Италия, которая в 1989 г. после 25-летних исследований, начатых еще в 60-е годы комиссией Министерства юстиции под председательством профессора Ф. Карнелутти, удивила мир новым ультрасостязательным кодексом, который почти зеркально воспроизвел на Апеннинах английскую модель судопроизводства. В самом деле, новый кодекс перенес предварительное следствие в заседание суда первой инстанции, где оно сделалось состязательным аналогом английского *arraignment* (предварительного слушания), оставив

досудебную подготовку (дознание) прокурору и полиции. Судебное разбирательство, таким образом, складывается из двух частей – предварительного следствия и судебного рассмотрения с прениями сторон. Поскольку прокуратура и другие органы уголовного преследования в состязательном процессе – лишь сторона, уравненная в правах с защитой, самостоятельно собранные ими материалы по общему правилу (которое, впрочем, знает целый ряд исключений, вызванных практическими соображениями) не могут рассматриваться как судебные доказательства и не должны приниматься во внимание судом без состязательной проверки. Это привело итальянского законодателя к идее «двух папок»: первая – с материалами дознания, вторая – с доказательствами, полученными на стадии судебного разбирательства. Суд не имеет права даже знакомиться с «первой папкой», что должно обеспечить полную непредвзятость исследования им доказательств в судебном разбирательстве («вторая папка»). Процесс формирования доказательств почти целиком сместился в судебные стадии. При этом инициатива их получения перешла от суда к сторонам, по просьбе которых по общему правилу только и допускаются теперь в процесс доказательства [7, с. 124–131]. Итак, предварительная подготовка в итальянском процессе в самом деле стала целиком состязательной, но в такой форме, что за это пришлось заплатить крайним рассредоточением материалов дела, риском утраты важной информации, добытой на дознании.

В Финляндии модель процесса, весьма близкая к очерченному выше (и считающаяся здесь «аккузаторной»), была учреждена в 1998 г. законом о судопроизводстве по уголовным делам. Предварительное расследование здесь производится полицией, а за возбуждение и поддержание судебного преследования отвечает официальный обвинитель. Причем потерпевшая сторона в случае его отказа может самостоятельно возбудить обвинение. По сложным делам назначается предварительное судебное исследование, которое может проводиться как в виде устного слушания сторон, так и в упрощенной документальной форме путем представления сторонами суду письменных заключений по отдельным вопросам дела. Фактически используется и система «двух папок», поскольку чтение в главном судебном рассмотрении документов и докладов, как правило, воспрещено, и суд должен обосновывать свое решение тем, что непосредственно предъявлено в заседании, а не протоколами и другими письменными материалами предварительного расследования.

Промежуточное положение между французской и «итало-финской» моделями реформ предварительного расследования условно занимают немецкая и испанская. Общее у всех систем то, что судья продолжает принимать непосредственное участие в следственных действиях в ходе предварительной подготовки. Это напоминает французский вариант, однако судебское участие здесь все же ограничено, ибо основная, или, по крайней мере, существенная доля инициативы по собиранию доказательств переходит от следственного судьи к сторонам. Впрочем, на этом сходство названных моделей заканчивается и начинаются различия.

В Испании возобладал более осторожный, но зато и более последовательный реформаторский подход. Закон о сокращенном уголовном судопроизводстве 1988 г. также перераспределил следственные полномочия в пользу прокуратуры, но лишь по делам о менее тяжких преступлениях. Особый же интерес представляет органический закон о суде присяжных 1995 г., который учредил оригинальную процедуру досудебной подготовки, где следственные судебские действия по традиционному французскому образцу чередуются с состязательными предварительными слушаниями с участием сторон, что явно заимствовано из английского процесса. На них стороны могут заявлять ходатайства о проведении судьей следственных действий, о прекращении дела, излагать свои соображения о квалификации, об изменении обвинительного заключения и т. д. Следственный судья на этих слушаниях принимает так называемое постановление, констатирующее состав преступления, а также решения по ходатайствам сторон, в том числе о проведении тех или иных следственных действий. В конце предварительного следствия он же выносит постановление о назначении судебного разбирательства с участием присяжных, если, конечно, для этого есть достаточные основания [9, с. 129–133].

Итак, очевидна ведущая тенденция конца 80-х – первой половины 90-х годов XX века в ряде стран континентального права перестроить предварительную подготовку дела таким образом, чтобы из досудебной она также сделалась судебной стадией. Тем самым мыслится обеспечить победу состязательности на протяжении всего производства по уголовному делу.

Дискурсивная состязательность – это еще и неконфронтационность, некомбатантность процессуальных отношений. Нонкомбатантность прежде всего проявляется в изменении «знака» публичности процесса, которая больше не ассоциируется с главенством одного лишь государственного интереса. Она перестает быть официальной, то есть исторически унаследованным еще от построения процесса по розыскному типу требованием вести дело лишь по долгу службы (*ex officio*), не считаясь с интересами граждан – участников процесса. Публичность отныне – на службе всего гражданского общества, в отличие от публично-искового судопроизводства, где она имела характер узкого государственного и в этом смысле обслуживала, в первую очередь, корпоративный интерес политико-экономического элит. Такую публичность можно отождествить с гражданственностью, или дискурсивностью процесса. Первым следствием этого является переход при возбуждении уголовного преследования и поддержании обвинения государственными правоохранительными органами от принципа официальности (обязательности публичного преследования в каждом случае совершения уголовно наказуемого деяния) к принципу общественной целесообразности. Публичный орган в силу принципа целесообразности не обязан возбуждать преследование правонарушителя, если считает, что это противоречит общественным интересам. Вместе с тем общественная целесообразность не должна противопоставляться принципу осуществления правосудия только судом.

При состязательной доктрине освобождение правонарушителя от ответственности самим обвинителем не должно влечь для него ни одного из тех последствий, которые наступают по приговору суда.

Другой результат новой, дискурсивной публичности – появление медиационных примирительных процедур в сфере уголовного производства некоторых государств, прежде всего, Великобритании и Германии. Они, в свою очередь, непосредственно были заимствованы из права США, Канады и Австралии, где активно применяются в гражданском процессе. В Японии до сих пор большинство конфликтов разрешается с помощью примирительных процедур – аксон, среди которых различают едан – улаживание конфликтов на досудебных стадиях с помощью посредников; викай – способ урегулирования, близкий к европейскому примирению сторон самим судом в ходе процесса, и шотей – снятие конфликта путем обращения сторон (с разрешения суда) к альтернативной процедуре переговоров с участием примирительной комиссии, которой поручается помочь сторонам вступить в мировое соглашение [10, с. 439–460]. Шотей практически идентичен западным медиационным процедурам.

Восприятие подобного опыта европейским правом говорит о том, что, возможно, мы являемся свидетелями начала процесса конвергенции правовых (и не только правовых) культур Запада и Востока, благодаря чему западное право вновь получает непосредственный доступ к моральным нормам, который был долгое время жестко опосредован юридической формой.

Распространение принципа общественной целесообразности при возбуждении уголовного преследования, а также медиационных процедур – признак изменения самой парадигмы процессуального мышления, постепенного отхода от представлений о состязательности как неприменном противоборстве сторон, их стремлении превзойти друг друга в судебном споре. Она все более воспринимается как дискурс, то есть рационально мотивированная процедура принятия публичного решения после свободного открытого обсуждения с участием заинтересованных лиц на основе принципа равной значимости личной воли всех и уважения взаимных интересов. Дискурсивное судопроизводство не является исковым, нацеленным главным образом на то, чтобы одержать верх над противником. Для него имеет первостепенное значение не понятие спора, а более общая категория усилий сторон, для которой спор – лишь системный элемент, конструктивно важный, однако вовсе не единственный и не универсальный. Можно сказать, что процесс движется вперед не только спором, но и усилиями сторон, обладающих до момента вынесения судебного решения свободой в отношении предмета процесса. Это, впрочем, не должно быть истолковано как реанимация пресловутой концепции «единства задач» участников процесса. Задачи и функции разных сторон по-прежнему состоят в обвинении и защите, но совершенствуются их социальный смысл, содержание и методы реализации. Смысл организации дискурса обвинения и защиты состоит в восстановлении человеческих отношений, а не в их

разрушении, что неизбежно при главной ставке на противоборство. Только тогда можно говорить о возможном единстве цели в дискурсивно-состязательной юстиции.

Задача публичного обвинителя при дискурсивном подходе состоит не в стигматизации правонарушителя, не в том, чтобы добиться его осуждения, «хотя бы рухнул мир». Обвинителя в первую очередь должны беспокоить справедливость, установление истины, соблюдение прав личности и ресоциализация виновного. Непривлечение к уголовной ответственности того, кто невиновен, кто способен иначе загладить свою вину, примирение и прощение сторонами друг друга – столь же ценный и желанный для публичного обвинителя результат, как и осуждение действительно заслуживающего наказания. Обвинитель не перестает быть обвинителем, но само обвинение из преследования обвиняемого становится формой общественной озабоченности, «радения о вине». Речь идет о праве на существование таких методов воздействия на правонарушителя, которые ветхозаветный принцип талиона – возмездия, равного по силе преступлению, – заменяют идеей ресоциализации (новая социальная защита Марка Анселя и т. д.), а примитивное «преследование» – формами общественного взаимодействия, достойными истинной человечности и высоких нравственных критериев современной цивилизации.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

1. Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность / Хабермас Ю. – М., 1995. – 256 с.
2. Diverting cases from the courts // *The Criminal Law Review*. – 1995. – № 6. – P. 446.
3. Kapahnke U. Opportunitaet und Legalitaet in Strafverfahren / Kapahnke U. – Tuebingen, 1982. – S. 44.
4. Neubauer D. W. America's courts and the criminal justice system / Neubauer D. W. – North Scituate (Mass.), 1979. – P. 33.
5. Driendl U. Verfahrensoekonomie und Strafprozessreform / Driendl U. – Bochum, 1984. – S. 54.
6. Головки Л. В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции / Головки Л. В. – М., 1995. – С. 110–111, 126–127.
7. Делла-Марра Т. Уголовный процесс Италии: реформа и контрреформа / Т. Делла-Марра // *Государство и право*. – 1994. – № 1. – С. 124–131.
8. Peters K. Strafprozess: Ein Lehrbuch / Peters K. – Heidelberg-Karlsruhe, 1981. – S. 271, 285.
9. Тейман С. Возрождение суда присяжных в Испании / С. Тейман // *Государство и право*. – 1996. – № 12. – С. 129–133.
10. Давид Р. Основные правовые системы современности / Давид Р. – М., 1988. – С. 439–460.