

# УГОЛОВНОЕ ПРАВО. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС. КРИМИНАЛИСТИКА

---

УДК 344.65

## УСМОТРЕНИЕ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

О. Я. Баев

*Воронежский государственный университет*

Поступила в редакцию 15 марта 2010 г.

**Аннотация:** анализируются сущность и атрибутивные признаки усмотрения в уголовном судопроизводстве. На этой основе предлагается отличающееся определенной научной новизной понятие изучаемого феномена. Особо подчеркивается, что усмотрение — не только полномочие, но и наиболее тяжелая из всех процессуальных обязанностей таких профессиональных субъектов производства по уголовному делу, как следователь (прокурор, дознаватель) и судья (суд).

**Ключевые слова:** уголовное судопроизводство, атрибутивные признаки, усмотрение.

**Abstract:** in the article essence and attributive signs of discretion in a criminal trial are analyzed. On this basis the author offers a certain scientific novelty concept of this phenomenon. It is especially underlined that discretion — not only authority, but the most heavy among all judicial duties of such professional subjects in criminal procedure, as an investigator (public prosecutor) and judge (court).

**Key words:** criminal trial, attributive signs, discretion.

2010. № 1

В теории права нет, видимо, более неформализованного и потому далеко не однозначно трактуемого понятия, чем усмотрение (*discretio*) в правоприменительной деятельности. Поэтому вполне естественно, что проблема изучения этого чрезвычайно важного феномена носит — и это особо подчеркнем — международный характер, значима для теории права практически любого государства.

438

При этом диапазон различных подходов к исследованию дефиниции и сущности усмотрения в зарубежной юридической и социологической науке весьма различен.

«Судейское усмотрение, — справедливо в связи с этим пишет известный правовед Аарон Барак, перевод работы которого на русский язык в 1999 г., думается, явился серьезным стимулом для исследования проблем усмотрения в судопроизводстве современными отечественными исследователями, — остается затянутым в царство неведомого, окутанным покровом таинственности, с неясными даже философскими основами»<sup>1</sup>.

Так же обстоит дело с «усмотрением» и в отечественной теории права, и в его отдельных отраслях, в частности в уголовно-процессуальной

<sup>1</sup> Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 8—9.

© Баев О. Я., 2010

теории. Можно предположить, что именно в связи с этим его сущность не разъясняется ни в одном из известных нам юридических словарей и справочников.

*К примеру, Большой юридической словарь термин «усмотрение» использует в 17 статьях, посвященных разъяснению различных правовых категорий (от завещания до свободы договора и т. д.), однако самостоятельной статьи, раскрывающей само понятие усмотрения, не содержит<sup>2</sup>.*

Сам же уголовно-процессуальный закон — а именно он по очевидным на то причинам является исходным объектом нашего дальнейшего исследования — «напрямую», непосредственно оперирует понятием усмотрения лишь в двух своих нормах, устанавливающих особенности допроса несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля на предварительном следствии и в суде. В соответствии с ними при допросе этих лиц в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет *по усмотрению* допрашивающего участвует педагог (ст. 191, 280 УПК РФ; далее для краткости — УПК).

Однако это, как о том будет подробно говориться далее, отнюдь не означает отсутствие прав и, более того, обязанностей профессиональных участников уголовного судопроизводства на реализацию ими своего усмотрения.

В уголовно-процессуальном лексиконе, по нашим наблюдениям, единственными случаями «легального» использования формулировки, связанной с употреблением термина «усмотрение», являются высказывания представителей участвующих в судебном заседании сторон при обсуждении заявляемых ходатайств.

— *«На ваше усмотрение, Ваша честь», — заявляет тот из них, который в силу своих функциональных обязанностей и из тактических соображений не считает для себя необходимым или /и возможным поддержать заявленное другим участником процесса ходатайство или возразить против его удовлетворения.*

Многие годы нашей истории даже в публикациях (в том числе монографического характера), посвященных проблемам профессионального правосознания и внутреннего убеждения участников уголовного судопроизводства, которые, без сомнений, прямо и непосредственно связаны с усмотрением, авторы тщательно избегали необходимости рассмотрения этих вопросов под углом их влияния на усмотрения в деятельности соответствующего лица<sup>3</sup>.

«Решение по каждому уголовному делу, — осторожно писал еще в 1984 г., например, Ю. М. Грошевой, — принимается с учетом конкретных обстоятельств совершенного преступления и личности подсудимого, является выражением индивидуального правосознания судьи...»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Большой юридический словарь. URL: <http://slovari.yandex.ru> (2010. 20 янв.).

<sup>3</sup> См., например: Грошевой Ю. М. Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. Харьков, 1975; Его же. Профессиональное правосознание судьи и социалистическое правосудие. Харьков, 1986; Резник Г. М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств. М., 1977.

<sup>4</sup> Грошевой Ю. М. Профессиональное правосознание судьи... С. 21.

Но разве это решение не есть, в сущности, усмотрение судьи, реализованное в самом его содержании?<sup>5</sup> По нашему мнению, это во многом обуславливалось идеологическим подходом к изучению проблем социалистического уголовного судопроизводства с генетически присущим ему методологическим ханжеством, когда, если говорить об интересующей нас проблеме, понятие усмотрение полностью ассоциировалось с понятием произвола, по сути, между ними ставился знак равенства.

В настоящее время ситуация, к счастью, изменилась, и потому не случайно в последнее десятилетие в уголовно-правовой и процессуальной литературе появился ряд весьма интересных публикаций о различных аспектах феномена усмотрения профессиональных участников этой деятельности.

*В частности, различным аспектам усмотрения в уголовном судопроизводстве посвящены подготовленные в последние годы диссертации А. Б. Ярославского (Волгоград, 2001), Ю. В. Грачевой (Москва, 2002), П. Г. Марфицина (Омск, 2003), Севастьянова А. П. (Красноярск, 2004), Огилец А. А. (Краснодар, 2007)<sup>6</sup>, ряд положений из которых будут анализироваться нами далее.* И, конечно же, во многих из них методологически верно, в первую очередь, делаются попытки разобраться в самом понятии усмотрения и в его сущности, в отличие допустимости и необходимости усмотрения от произвола в правоприменительной деятельности.

При этом отчетливо проявились несколько подходов к этим проблемам, отличных от приведенных выше мнений по ним зарубежных юристов и социологов.

Так, по мнению А. Б. Ярославского, *усмотрение — это отношение к характеру разрешения не урегулированной законом ситуации. «Оптимальное усмотрение следователя, — пишет он, — это его отношение (мнения, суждения, взгляды, оценка) к характеру разрешения не урегулированной законом следственной ситуации, обусловленное имеющимся у него жизненным и профессиональным опытом, общими и профессиональными знаниями, навыками, умениями, физическими и психическими особенностями его личности»<sup>7</sup>.*

Нам представляется, что основным недостатком данного определения является сведение содержания рассматриваемого феномена лишь к его генезису, к тому, что лежит в основе разрешения возникшей перед исследователем (следователем, судьей) ситуации.

Однако практическая, прикладная, процессуальная значимость усмотрения состоит не во внутренних душевных колебаниях этого субъекта, не

<sup>5</sup> Видимо, это обстоятельство имел в виду в свое время И. С. Ной, когда справедливо, на наш взгляд, утверждал что «логически обосновать назначение конкретного наказания, наказание за конкретное преступление вообще невозможно» (Ной И. С. Сущность и функции уголовного наказания в Советском государстве. Саратов, 1973. С. 61).

<sup>6</sup> См.: Электронный каталог российских диссертаций. URL: <http://www.disserr.ru> (2010. 24 февр.).

<sup>7</sup> См.: *Ярославский А. Б. Усмотрение следователя при расследовании уголовных дел* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2001. С. 4.

в так называемом когнитивном диссонансе (его внутреннем конфликте), а в сущности принимаемых им в результате процессуальных и тактических решений как таковых.

То, что обозначается данным автором в качестве усмотрения, на наш взгляд, составляет содержание других категорий, а именно индивидуального правосознания профессионального субъекта уголовного судопроизводства и его внутреннего убеждения, на основе которых и формируется усмотрение следователя/судьи при разрешении проблем, возникающих перед ним при разбирательстве (расследовании/ рассмотрении) конкретного уголовного дела. Иными словами, предлагаемое А. Б. Ярославским определение не раскрывает самую сущность и функцию усмотрения как деятельного, именно деятельного, феномена в области уголовного судопроизводства.

Добавим, что введение им указания на то, что усмотрение касается разрешения лишь не урегулированной законом ситуации, также нам представляется некорректным; видимо, о чем подробнее будет говориться далее, речь следует вести о ситуациях, способы и средства разрешения которых однозначно не предписаны законом.

*Таковыми — не допускающими какого либо усмотрения, к примеру, являются императивно законом предписанные условия производства отдельных следственных действий, ряд обстоятельств, установление которых в силу требования закона возможно лишь указанным им образом (скажем, указанные в ст. 196 УПК случаи обязательного назначения судебной экспертизы).*

А. Барак под усмотрением понимает *полномочие, которое закон дает судье, чтобы делать выбор из нескольких альтернатив, из которых каждая законна. И тут же совершенно верно обращает внимание (и, по сути, тем самым предвосхитив основное критическое замечание, которое вызывает у нас позиция А. Б. Ярославского) на то, что «судейское усмотрение по определению не является ни эмоциональным, ни умственным состоянием. Это скорее юридическое условие, при котором судья волен делать выбор из ряда вариантов»*<sup>8</sup>.

Мы всецело согласны с тем, что допустимое усмотрение (в судебской или иной другой профессиональной деятельности в любой отрасли судопроизводства) по определению может относиться лишь к выбору из альтернатив, либо прямо предусмотренных законом, либо ему не противоречащих.

Дело в том очевидном, на наш взгляд, факте, что усмотрение есть не что иное, как принятие соответствующим субъектом решения возникшей перед ним проблемной ситуации. Само же принятие решений, независимо от сферы деятельности, в которой оно принимается, его вида, формы облечения, в посвященной теории принятия решений литературе чаще всего рассматривается как процесс, состоящий из пяти этапов: диагностика проблемы; формулировка критериев (стандартов) и ограничений;

---

<sup>8</sup> Барак А. Указ. соч. С. 13.

определение альтернатив; оценка альтернатив; окончательный выбор решения<sup>9</sup>.

Применительно к уголовному производству мы, как нам представляется, достаточно подробно рассмотрели сущность этой структуры принятия решений в ряде иных своих публикаций<sup>10</sup>.

Однако до того как предложить свое видение феномена усмотрения и места в уголовном судопроизводстве, нельзя не остановиться на втором из перечисленных этапов принятия решений, для этой области деятельности весьма специфичном, — формулировки критериев и ограничений при принятии решений.

Ограничения, пишут специалисты в области исследования систем управления, обычно имеют внутренний и внешний характер. Первые находятся внутри организации, например, ограниченность ресурсов. Вторые содержатся во внешней среде организации. К ним, по их мнению, относятся, например, ограничивающие внешнюю деятельность организации законы.

Но, по нашему убеждению, в области правоприменения, в том числе и в уголовном судопроизводстве, эти ограничения носят иной характер.

«Ограничивающие деятельность» профессиональных участников уголовного процесса законы выступают для них в виде не внешних, а глубинных внутренних ограничений. В частности, лица и органы, осуществляющие уголовное преследование, а потому вынужденные непрерывно в процессе его принимать соответствующие решения (как процессуальные, так и криминалистические), в этой своей деятельности «скованы» требованиями уголовно-процессуального закона — они могут действовать так, и только так, как им предписывает уголовно-процессуальный закон.

*В то же время нет ни малейших сомнений, что любой закон должен критически анализироваться и комментироваться в соответствующей литературе, что явится стимулом для его совершенствования и — главное — оптимизации его применения в практической деятельности.*

Поэтому и действовать можно *только* по Закону, и маневрировать в правоприменительной деятельности можно *только* в рамках Закона. В нем нет норм, не обязательных для исполнения, тех, которыми можно было бы пренебречь. «Dura lex scripta tamen», — говорили древние римляне (Закон строг, но он так написан).

Человечество за всю многовековую и зачастую трагическую «уголовно-судопроизводственную» историю пришло к аксиоматичному выводу, сформулировало, выстрадало следующую правовую догму:

<sup>9</sup> См.: Мыльник В. В., Титаренко Б. П., Волочиенко В. А. Исследование систем управления. М., 2006; Баллод Б. А., Елизарова Н. Н. Методы и алгоритмы принятия решений в экономике. М., 2009. С. 23.

<sup>10</sup> См.: Баев О. Я. Уголовно-процессуальное исследование преступлений : проблемы права и правоприменения. М., 2009; *Его же*. Уголовно-процессуальные решения и решения в уголовном судопроизводстве // Вестник Воронежского государственного университета. Серия : Право. 2009. Вып. 1(6).

*лишь строжайшее соблюдение процессуальной формы уголовного судопроизводства, осуществления в нем доказывания является хотя бы некоторой, минимально необходимой и возможной гарантией обеспечения прав человека от репрессивного механизма государства, от произвола в правоприменении.*

Любое существенное нарушение закона лицом, осуществляющим уголовное преследование и/или правосудие, влечет применение процессуальных санкций в виде признания принятого решения незаконным или необоснованным. Доказательства же, сформированные в ходе его реализации, являются не допустимыми для доказывания обвинения.

*Лиц, принимающих решения, в литературе по теории решений для краткости обозначают как ЛПР; далее мы также будем пользоваться этой аббревиатурой либо с учетом направленности данного исследования в необходимых случаях обозначать их как СУ — субъекты усмотрения.*

Основные ограничения для принятия решений в целом, в том числе и по усмотрению, в частности, накладываемые на этих лиц уголовно-процессуальным законом, заложены в установленных им принципах уголовного судопроизводства (в свою очередь, представляющих приложение к нему конституционных положений), сформулированных в виде категорических негативных императивов:

«Никто не может быть признан виновным в совершении преступления и подвергнут наказанию иначе как по приговору суда...» (ст. 8 УПК);

«В ходе уголовного судопроизводства запрещаются осуществление действий и принятие решений, унижающих честь участника уголовного судопроизводства, а также обращение, унижающее его человеческое достоинство либо создающее опасность для его жизни и здоровья» (ст. 9 УПК);

«Никто не может быть задержан по подозрению в совершении преступления или заключен под стражу при отсутствии на то законных оснований...» (ст. 10 УПК).

Ограничения более низкого, если так можно выразиться, уровня установлены УПК, и о них мы также будем говорить далее, для ряда типовых ситуаций принятия решений и действий и в соответствии с ними этих лиц в уголовном процессе.

Из сказанного становится очевидным, что основополагающим атрибутивным признаком формулируемого нами понятия является то, **что усмотрение — это выбор из альтернатив, каждая из которых законна или не противоречит закону.**

«Усмотрение, — пишет по этому поводу А. Барак, — предполагает наличие зоны законных возможностей, каждая из которых законна в контексте системы. Любой вариант, который находится вне этой зоны, по определению незаконен, и судья не вправе по своему усмотрению решать, выбрать его или нет»<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Барак А. Указ. соч. С. 19.

По нашему глубокому убеждению, к внутренним ограничениям при принятии решений в области уголовного судопроизводства следует отнести также необходимость неукоснительного соблюдения при этом ЛПР требований общей и судебной этики. И именно к их выбору «по усмотрению» и реализации в уголовном процессе более чем к любому другому виду деятельности относятся известные слова «формально правильно, а по существу — издевательство».

Для адвокатов-защитников, т.е. лиц, также принимающих решения «по усмотрению» в процессе профессиональной защиты своего клиента от уголовного преследования, критериями налагаемых на них внутренних ограничений являются законодательные положения о том, что в процессе своей деятельности они могут использовать любые средства и способы защиты кроме тех, которые запрещены УПК, а также обязанность (за исключением также указанных в законе случаев) поддерживать позицию своего подзащитного.

Однако скажем — чтобы сразу очертить круг субъектов усмотрения в уголовном судопроизводстве — адвоката в изучаемом нами аспекте вряд ли можно однозначно отнести к их числу, хотя нет никаких сомнений, что и он является активно функционирующим субъектом принятия решений как таковых (в общепринятом значении этого понятия) в области судопроизводства. Здесь усмотрение — решение, обязательное для соблюдения и исполнения всеми лицами, на которых оно распространяется, носит обязательный для исполнения характер, что обеспечивается реализацией СУ своих властных на то полномочий.

*Усмотрение же адвоката этими свойствами не обладает.* Усмотрение адвоката, выраженное в подаваемых им ходатайствах, жалобах, заявлениях, в выступлениях в прениях сторон в суде и т. п., лишь инициирует необходимость реагирования на него путем принятия по мотивированному усмотрению решения субъектом, имеющем на то властные, обеспеченные процессуальным механизмом реализации, полномочия (следователем, прокурором, судом/судьей).

Проиллюстрируем это принципиальное положение самым, думается, экстремальным примером.

*Как известно, следователь, дознаватель не могут отказать подозреваемому, обвиняемому, его защитнику (а также потерпевшему и другим, перечисленным в ч. 2 ст. 159 УПК, лицам) в удовлетворении ходатайств о производстве действий для установления обстоятельств, имеющих значение для данного уголовного дела.*

*Однако, несмотря на, казалось бы, императивность этого положения, разрешаются такие ходатайства по усмотрению их адресатов о том, имеют ли эти обстоятельства значение по делу. И на практике достаточно распространены ситуации, когда соответствующие решения СУ предопределяются его внутренним убеждением о характере таковых обстоятельств и, более того, зачастую организационными факторами (например, нежелание удовлетворить заявленные ходатайства в случае, если это потребует необходимость продления срока*

предварительного расследования и/или содержания обвиняемого под стражей).

Таким образом, **вторым из атрибутивных признаков усмотрения в уголовном судопроизводстве является то, что оно есть прерогатива субъекта, обладающего властными полномочиями, на обеспечение его реализации.**

Под усмотрением применительно к деятельности следователя, — видимо, учитывая приведенное выше суждение А. Барака о необходимом характере альтернатив, пишет П. Г. Марфицин, — следует понимать «выбранный следователем в пределах своих полномочий из ряда альтернатив (каждая из которых законна) **вариант поведения (решения)**, отвечающий конкретным условиям дела»<sup>12</sup>.

Варианты альтернатив для принятия ЛПР по своему усмотрению уголовно-процессуальных решений, отвечающих, как отметил П. Г. Марфицин, конкретным условиям дела, в исчерпывающем виде заложены в уголовно-процессуальном законе.

В первую очередь, они перечислены в процессуальном статусе определенного ЛПР, в его полномочиях и правах. Следователь *уполномочен...* (ст. 38 УПК); прокурор, руководитель следственного органа, начальник органа дознания *вправе...* (ст. 37, 39, 40.1 УПК) и т. д.

Варианты альтернатив принятия решения по усмотрению ЛПР законом конкретизированы применительно к отдельным уголовно-процессуальным решениям. Так, для разрешения заявления или сообщения о преступлении УПК предусматривает возможность выбора ЛПР одной из следующих альтернатив:

- 1) о возбуждении уголовного дела в установленном им порядке;
- 2) об отказе в возбуждении уголовного дела;
- 3) о передаче сообщения по подследственности или в суд при условиях, им предусмотренных (ст. 145 УПК).

Для завершения предварительного расследования закон предоставляет следователю также исчерпывающий перечень альтернатив: составление по нему обвинительного заключения или его прекращение по основаниям и при условиях, им же предусмотренных.

Диапазон мер пресечения обвиняемому, одну из которых может выбрать лицо, формирующее по этому поводу и по своему на то (основанному на конкретных материалах расследуемого дела) усмотрению процессуальное решение, также в исчерпывающем виде приведен в ст. 98 УПК.

Рассматривая уголовное дело по существу, судья/суд может по своему усмотрению, основанному на его правосознании, внутреннем убеждении, сложившемся на исследованных материалах, принять одно из альтернативных итоговых решений, предусмотренных для того уголовно-процессуальным законом: постановить обвинительный или оправдательный приговор, либо прекратить уголовное дело или уголовное преследование.

---

<sup>12</sup> Марфицин П. Г. Усмотрение следователя (уголовно-процессуальный аспект). Омск, 2002.



Суд кассационной инстанции по своему усмотрению в результате оценки материалов дела на основе правосознания и внутреннего убеждения может:

- а) оставить приговор без изменения;
- б) изменить его в пределах, предусмотренных УПК;
- в) отменить постановленный судом первой инстанции приговор (полностью или частично, с направлением уголовного дела на новое судебное разбирательство либо с его прекращением).

Тут же отметим, что отдельные следственные и судебные ситуации либо сокращают набор альтернатив, из которых СУ может произвести выбор, либо вообще исключают для него возможность принятия какого-либо решения по собственному смотрению.

*К примеру, отказ суда в удовлетворении ходатайства следователя об избрании в отношении обвиняемого меры пресечения в виде содержания под стражей обуславливает для следователя возможность избрания в отношении этого обвиняемого по своему усмотрению иной меры пресечения из числа предусмотренных законом, за исключением содержания под стражей.*

*Отказ прокурора от поддержания обвинения (полный или частичный), как известно, для суда обязателен, даже если судья (судьи) внутренне не согласен с позицией государственного обвинителя. Таким же обязательным для судьи является вердикт присяжных о виновности/невиновности подсудимого (за исключением случаев, предусмотренных ч. 4—5 ст. 348 УПК).*

Большая свобода в формировании альтернатив имеется у СУ при принятии собственно тактических и методических решений, ибо они в принципе не могут быть прямо опосредованы в уголовно-процессуальном законе, принимаются исключительно на основе усмотрения на то соответствующего субъекта. В этой части закон лишь предоставляет ему право на усмотрение.

Так, следователь **может** при производстве следственных действий применять технические средства и способы обнаружения, фиксации и изъятия следов преступления и вещественных доказательств; он **вправе** привлечь к участию в следственном действии должностное лицо, осуществляющее оперативно-розыскную деятельность (ст. 164 УПК). Само же производство большинства из следственных действий закон оставляет на усмотрение ЛПР, формулируя это как право следователя: в указанных в ст. 179 УПК целях следователь **может** произвести освидетельствование; он **вправе** провести следственный эксперимент (ст. 181), очную ставку (ст. 192), предъявить для опознания лицо или предмет (ст. 193).

*Тут же, однако, заметим, что если следователь принял решение о производстве того или иного следственного действия по усмотрению, он под угрозой негативных процессуальных последствий, о которых мы ранее упоминали, обязан соблюдать предписанные законом условия и порядок их проведения.*

Рекомендации по «набору по усмотрению» альтернатив и обоснование рациональности выбора одной из них в той или иной следственной ситуации при исследовании преступлений отдельных видов составляют предметную область соответствующих разделов науки криминалистики.

И еще один довод в «пользу» неизбежности принятия решений в уголовном судопроизводстве на основе усмотрения на то следователя/судьи.

Одним из этапов принятия решений, можно сказать, решающим, как уже упоминалось, является перебор альтернатив из числа возможных и допустимых (законных/не противоречащих закону) для разрешения проблемной ситуации, их оценка с точки зрения если не оптимальности, то рациональности той или иной из них для разрешения возникшей перед СУ проблемы.

При этом в первую очередь ЛПП на основании собственного усмотрения определяются достоинства и недостатки каждой из этих альтернатив и возможные последствия от реализации. В то же время реально, что очевидно, и что также считают и специалисты в теории принятия решений, в большинстве случаев однозначное сопоставление всех альтернатив практически невозможно: все они имеют свои преимущества и недостатки.

Однако на практике есть множество причин, приводящих к тому, что ни одна из рассматриваемых альтернатив не обеспечивает оптимального решения проблемы. Иными словами, выбирается «по усмотрению» направление действия, являющееся приемлемым, но не обязательно наилучшим из возможных, ибо в этот момент ЛПП просто не может однозначно оценить тот или иной вариант решения в этом качестве — наилучшим.

Именно поэтому практически любое решение о действии в проблемной ситуации выбирается на основе интуиции и суждения, требует от ЛПП определенных эмоционально-волевых качеств — его индивидуального правосознания, хладнокровия, решительности, чувства ответственности, знания криминалистических рекомендаций, профессионального опыта, и т. п.<sup>13</sup>, и других качеств, лежащих в основе усмотрения, формирующего выбор решения. В связи с этим нам совершенно справедливым представляется вывод специалистов в области принятия решений, явившийся, несомненно, результатом обобщения практики, о том, что «в условиях неполноты информации ЛПП, имеющие разные предпочтения, могут принять различные решения»<sup>14</sup>.

*Об этом же применительно к судопроизводству пишет и А. Барак: «Различные судьи будут приходить к различным результатам, поскольку различны их личный опыт и их мировоззрение»<sup>15</sup>.*

Для условий уголовного судопроизводства с учетом его специфики главное при этом, как нам представляется, заключается в том, чтобы сделанный выбор «не был безвозвратным», не исключал бы возможности

<sup>13</sup> См.: Завалишина Д. Н. Оперативное мышление и принятие решения // Проблемы принятия решений. М., 1976. С. 106.

<sup>14</sup> Баллод Б. А., Елизарова Н. Н. Указ. соч. С. 14.

<sup>15</sup> Барак А. Указ. соч. С. 162.

реализации при необходимости других сформированных вариантов решения проблемы<sup>16</sup>.

Существенным отличием усмотрения в уголовном судопроизводстве от усмотрения ЛПР в других сферах и областях жизнедеятельности человека и общества, а следовательно, еще одним его атрибутивным признаком является, на наш взгляд, то, что здесь оно, **усмотрение, неукоснительно облекается в форму того или иного правоприменительного акта, в нем «материализуется»**. Без этого, повторим свое замечание по поводу вышеприведенных определений этого понятия, оно остается «вещью в себе», для осуществления уголовного процесса не значимой; усмотрение в судопроизводстве — деятельное, поведенческое.

Согласно латинской юридической фразеологии понятие «акт» (акт) имеет два значения: поступок или действие; официальный документ, запись, протокол<sup>17</sup>.

По В. И. Далю, слово акт «принято в значении бумаги, заключающей в себе постановление, решение, сделку, свидетельство, грамоту, документ, письмо»<sup>18</sup>. Такое же значение вкладывается в это понятие и в современном русском языке<sup>19</sup>.

Иными словами, письменный акт — это либо некое постановление (решение), либо документ (свидетельство), опосредующие некое проведенное действие. С этих позиций в контексте нашего исследования вполне правомерным является рассмотрение процессуального акта в следующих двух «ипостасях»:

а) как усмотрение ЛПР по поводу решения правовых вопросов при наличии для того допустимых альтернатив;

б) как усмотрение ЛПР о производстве следственных и других процессуальных действий также в случаях, когда закон предоставляет ему в этом отношении различные альтернативы<sup>20</sup>.

УПК в ст. 5 опосредует и раскрывает содержание следующих письменных форм, в которые облекаются соответствующие усмотрения профессиональных участников уголовного судопроизводства: вердикт, заключение суда, определение, постановление, представление, приговор, согласие.

Сразу отметим, что при облечении усмотрения ЛПР в большинство из названных форм оно, усмотрение, должно быть мотивированным (исключения в этом, видимо, составляют усмотрение присяжных заседателей, вердикт которых обоснования себе не требует, согласие и так называемые протокольные определения суда).

<sup>16</sup> Думается, что это основной логический довод о недопустимости применения по усмотрению суда такой «безвозвратной» меры наказания, как смертная казнь.

<sup>17</sup> См.: Латинская юридическая фразеология. М., 1979. С. 11.

<sup>18</sup> *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка : в 4 т. М., 1989. Т. 1. С. 9.

<sup>19</sup> См.: Новая российская энциклопедия : в 12 т. М., 2005. Т. 2. С. 233.

<sup>20</sup> См.: *Григорьев В. Н., Победкин А. В., Яшин В. Н.* Уголовный процесс. М., 2008. С. 267.

К сожалению, закон не содержит определений таких весьма значимых форм облечения усмотрения, как уведомление о подозрении в совершении преступления, обвинительный акт и обвинительное заключение, ходатайство и — особо это подчеркнем — протокол, что в ряде случаев ведет к разночтениям в понимании сущности этих письменных актов.

В то же время именно в форму протокола облачается усмотрение ЛПР о производстве допроса, предъявления для опознания, следственного эксперимента, многих иных следственных (судебных) и процессуальных действий, выбор которых является его усмотрением, не требующим предварительного его облечения в форму еще какого-либо процессуального акта.

Следует в связи с этим согласиться с Н. В. Глинской, что в таких случаях о том, что решение о производстве таких следственных действий принималось, «можно судить лишь на основе факта совершения и результатов производства конкретного следственного либо иного процессуального действия»<sup>21</sup>.

Таким образом, как нам представляется в настоящее время, **усмотрение профессионального субъекта уголовного судопроизводства есть результат выбора им варианта поведения и действий в проблемных ситуациях из альтернатив, предоставляемых ему уголовно-процессуальным законом или не противоречащих уголовно-процессуальному закону, выраженный в форме надлежащего процессуального акта, реализация которого обеспечена властными полномочиями субъекта усмотрения.**

Иными словами, решение и есть усмотрение принимающего его субъекта уголовного судопроизводства; усмотрение в уголовном судопроизводстве есть решение, соответствующее приведенным выше атрибутивным признакам; говорить о решении по усмотрению — есть тавтология.

И в заключение следует подчеркнуть: **усмотрение — это даже не просто полномочие профессионального участника судопроизводства, а самая тяжкая из всех его процессуальных обязанностей принимать решение (промежуточное, итоговое) по делу из числа альтернатив, каждая из которых, повторим, законна или не противоречит закону.**

Это, можно сказать, — карма судьи/следователя. К судопроизводству, тем более судопроизводству уголовному, таблица умножения не применима.

Каждое уголовное дело, судопроизводство по нему — процесс сугубо индивидуальный, в каждом деле невозможно обойтись без принятия решений на основе субъективного усмотрения.

Думаем, что именно это имел в виду Ф. М. Достоевский, вкладывая в уста следователя Порфирия Петровича слова о том, что общего случая,

<sup>21</sup> Зеленецкий В. С., Глинская Н. В. Теория и практика обоснования решений в уголовном процессе Украины. Харьков, 2006. С. 16. Наше мнение по поводу протоколов в уголовном судопроизводстве см.: Баев О. Я. Уголовно-процессуальное исследование преступлений : проблемы качества права и правоприменения. М., 2009.

«того самого, на который все юридические формы и правила примерены и с которого они рассчитаны и в книжки записаны, вовсе не существует-с по тому самому, что всякое дело, хоть, например, преступление, как только оно случится в действительности, тотчас же и обращается в совершенно частный случай-с; да иногда ведь в какой: так-таки ни на что прежнее не похожий-с»<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> *Достоевский Ф. М.* Полн. собр. соч. Л., 1972—1988. Т. 6. С. 261.

*Воронежский государственный университет*

*Баев О. Я., доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заведующий кафедрой криминалистики*

*E-mail: baev@law.vsu.ru*

*Тел.: 8(4732)208-514*

*Voronezh State University*

*Baev O. Y., Doctor of Legal Science, Professor, Honoured Scientist of Russian Federation, Head of the Criminology Department*

*E-mail: baev@law.vsu.ru*

*Tel.: 8(4732)208-514*