Анатолий Барабаш

Публичное начало российского уголовного процесса

Теория и практика уголовного права и уголовного процесса

Анатолий Барабаш

Публичное начало российского уголовного процесса

«Юридический центр»
2009

Барабаш А. С.

Публичное начало российского уголовного процесса / А. С. Барабаш — «Юридический центр», 2009 — (Теория и практика уголовного права и уголовного процесса)

ISBN 978-5-94201-511-3

Рассматриваемые в работе проблемы сгруппированы в трех разделах, связанных между собой по содержанию. В рамках первого раздела выясняется основное начало российского уголовного процесса, чем оно обусловлено, во втором определяются назначение уголовного процесса и цели уголовно-процессуальной деятельности; это позволяет описать механизм познания и определить субъектов, обязанных осуществлять уголовно-процессуальную деятельность, – содержание третьего раздела. Уже из приведенного видно, что в работе обсуждается широкий круг проблем, решение которых по отдельности предлагалось не раз и многими авторами, начиная с ученых дореволюционного периода.

ISBN 978-5-94201-511-3

© Барабаш А. С., 2009
© Юридический центр, 2009

Содержание

Введение 5
Раздел I. Публичное начало и состязательность в российском уголовном процессе 9
Глава 1. Публичность: основания предпочтения 9
§ 1. Обусловленность публичного начала российского уголовного процесса 9
§ 2. Роль публичности в уголовном процессе 18
Глава 2. Публичность и состязательность в теории и законодательной практике 27
§ 1. Публичность и состязательность в теории уголовного процесса 27
Конец ознакомительного фрагмента. 33

Анатолий Сергеевич Барабаш Публичное начало российского уголовного процесса

Введение

С 1 июля 2002 г. в Российской Федерации действует новый УПК. В своей базисной части он коренным образом отличается от ранее действовавшего УПК РСФСР 1960 г. Замена УПК РСФСР была неизбежной, и все это понимали. Иного и быть не могло после принятия 12 декабря 1993 г. Конституции Российской Федерации, где в ч. 3 ст. 123 было закреплено, что «судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон». Эта основа нашла свое отражение в ст. 15 УПК РФ.

Необходимость этой замены представителями либерально-демократического направления в уголовно-процессуальной науке обосновывалась следующим образом: «УПК РСФСР, принятый в 1960 году, один из самых старых, если не самый старый документ прежнего режима, который продолжает действовать в совершенно новых политических и юридических условиях… Это закономерно и справедливо, что старый УПК РСФСР постоянно подвергается обоснованной критике и в него вносятся бесконечные изменения и дополнения, что позволяет кодексу действовать и худо-бедно регулировать непростые отношения, складывающиеся при расследовании и судебном рассмотрении уголовных дел. Вместе с тем опасно, когда следователи, дознаватели, прокуроры и судьи вынуждены руководствоваться законом, в котором невозможно разобраться из-за массы поправок, вступающих в непримиримое противоречие со всеми изначальными нормами кодекса»[1]. Приведенное обоснование необходимости замены УПК РСФСР в той части, где говорится о бесконечных изменениях и дополнениях, вполне применимо и к ныне действующему. За непродолжительный период с момента вступления его в силу было принято много федеральных законов, которые внесли в Кодекс массу изменений и дополнений, причем один из них был принят 29 мая 2002 г., еще до вступления Кодекса в действие. А если говорить о критике, то такой, какая обрушивается на УПК РФ, не знал даже старый кодекс. Критикуют его и справа, и слева как сторонники состязательного построения уголовного процесса, так и его противники. Сторонники состязательности – за то, что законодатель реализовал ее непоследовательно, противники – за разрыв преемственности.

Подобное состояние закона, теоретических разработок не может удовлетворить потребности практики, которая в настоящее время оказалась дезориентированной. Об этом свидетельствуют результаты проведенного в рамках исследования анкетирования практических работников. Есть два пути преодоления негативной ситуации: или продолжить процесс корректировки содержания закона путем внесения чередой федеральных законов изменений и дополнений или же вернуться к осмыслению сущности российского уголовного процесса, к пониманию его природы и на основе этого определить основные моменты, характеризующие уголовно-процессуальную деятельность, и именно их положить в основу принятия нового уголовно-процессуального кодекса. Из этих двух путей наиболее приемлем второй в силу того, что бесконечное латание закона, основанного на сущностных противоречиях, определяется не логикой его становления и развития, а идеологией, политическим и административным ресур-

[1] Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И. Л. Петрухин. М.: Проспект, 2002. С. 16.

сом, который может быть задействован той или иной группой лиц, заинтересованных в изменениях.

Автор разделяет желание М. В. Немытиной «понять правовую природу кодекса, оценить не конкретные содержащиеся в нем институты и нормы, а тенденции, обусловившие их принятие…»[2]. Для этого необходимо понимание на методологическом уровне того, что должно быть заложено в основу кодекса.

Реализация его позволит предложить решения, использование которых на законодательном уровне может привести к созданию уголовно-процессуального кодекса, подчиненного одной логике, учитывающей многие факторы, обусловленные историей российского народа и его государственности, отражающей общемировые тенденции развития уголовно-процессуальной формы, ожидания, связанные с ее реализацией в современном российском обществе. Принятие законодателем формулируемых в этой работе предложений будет способствовать стабилизации и упорядочиванию правоприменительной деятельности, что, в свою очередь, скажется на повышении ее эффективности.

Рассматриваемые в работе проблемы сгруппированы в трех разделах, связанных между собой по содержанию. В рамках первого раздела выясняется основное начало российского уголовного процесса, чем оно обусловлено, во втором определяются назначение уголовного процесса и цели уголовно-процессуальной деятельности; это позволяет описать механизм познания и определить субъектов, обязанных осуществлять уголовно-процессуальную деятельность, – содержание третьего раздела. Уже из приведенного видно, что в работе обсуждается широкий круг проблем, решение которых по отдельности предлагалось не раз и многими авторами, начиная с ученых дореволюционного периода.

Подобная структура работы определяется следующими основаниями: в любом исследовании, как писал Огюст Конт, доминируют два подхода: статический – для объяснения элементов и динамический – для предвидения отношений между ними и дальнейшего развития[3]. В наше время, говоря о том же, указывают, что эти подходы не могут быть оценены как два противоречивых пути исследования: либо детальный анализ структурных элементов и последующее понимание связей между ними, либо изучение связей и получение за счет этого представления об элементах[4].

Полагаем, что любое исследование должно сочетать эти два подхода. Вопрос в том, с чего правильней начать. Приведенные выше высказывания ответа на него не дают, в процессуальной же литературе рекомендуется начинать с декомпозиции явления[5]. И, опять же, применять ее можно по-разному: либо, выделив структурные элементы, проанализировать их и после этого понять связи между ними; либо начать с выделения и изучения связей и на основе этого получить представление об элементах.

Без декомпозиции невозможно изучить явление, но можно ли правильно выделить элемент, не понимая механизма взаимодействия изучаемого явления с другими? Может случиться, что, выделяя нечто, мы, исходя из своего ошибочного представления, способны разорвать, даже не желая того, естественные связи и вместо действительного элемента представить то, что нам кажется таковым. Работу следует начинать не с декомпозиции интересующего явления, а с понимания его места в системе более высокого ранга, с выяснения его предназначения.

---

[2] *Немытина М. В.* Российская модель уголовного правосудия // Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): Материалы Междунар. науч. – практ. конф., г. Екатеринбург, 27–28 янв. 2005 г.: В 2 ч. Екатеринбург, 2005. Ч. 2. С. 134.

[3] *Конт О.* Дух позитивной философии // Тексты по истории социологии XIX–XX в. М., 1994. С. 17.

[4] См., например: *Волков А. М., Микадзе Ю. В., Солнцева Г. Н.* Деятельность: структура и регуляция. Психологический анализ. М.: Изд-во МГУ, 1987. С. 139.

[5] См.: *Гончан Ю. А.* Функциональный анализ уголовного судопроизводства: постановка проблемы// Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): Материалы Междунар. науч. – практ. конф., г. Екатеринбург, 27–28 янв. 2005 г.: В 2 ч. Екатеринбург, 2005. Ч. 1. С. 193.

И далее, сформировав на этой основе представление о цели интересующего явления, рассматривать его как систему, анализировать взаимосвязи, существующие в ее рамках. Пересечение этих взаимосвязей даст нам характеристику элементов, мы поймем их место и роль в системе и применительно к роли наделим их соответствующими средствами реализации.

Динамический подход к исследованию, выяснение взаимосвязей позволяют определить статические узлы в системе и дают возможность предвидеть их дальнейшее развитие. Следовательно, выяснение взаимосвязей – основа для понимания сущности элементов.

Приняв изложенные соображения, не будучи изначально сторонниками или противниками состязательного российского уголовного процесса, мы и строили исследование проблем уголовного процесса. Иной подход, как нам кажется, приводил и приводит исследователей к тому, что, берясь за решение тех или иных проблем уголовно-процессуальной деятельности, они навязывают процессу, исходя из принятия состязательного начала или на основе его отторжения, свое представление о нем, элементы же деятельности выделяются произвольно, столь же произвольно решается вопрос о функциях субъектов деятельности. Происходит это зачастую без демонстрации оснований, которые, возможно, и самими исследователями не всегда осознаются. Как правило, ими не ставится вопрос о том, каким должен быть российский уголовный процесс и, главное, почему? А если ставится, то только формулируются подходы к оценке существующего кодекса, но не предъявляется результат их реализации. Да и предлагаемые подходы не всегда безупречны.

Анализ исследований предшественников свидетельствует, с одной стороны, о глубокой проработке отдельных проблем теории уголовно-процессуальной деятельности, с другой – об определенных методологических недостатках, наличие которых мешает до конца правильно понять сущность изучаемого явления – уголовного процесса России. На их устранение и были направлены усилия автора. Кроме того, следует отметить, что большинство работ, в которых рассматриваются интересующие автора проблемы, были изданы до принятия УПК РФ 2001 г., а содержащиеся в них выводы и положения основаны на прежнем уголовно-процессуальном законе.

В ходе проведенного исследования удалось выявить тенденции развития уголовно-процессуальной формы, учет особенностей этого процесса в России позволил предложить узловые пункты оптимальной модели уголовно-процессуальной деятельности, свободной от системных противоречий и недостатков действующего закона. Модели, истоки которой лежат в истории народа. Понимание этих истоков позволяет говорить не только о том, каким был процесс, но и каким он должен быть и почему.

В работе обосновывается, что российский уголовный процесс должен строиться на публичном начале, которое никоим образом нельзя отождествлять с принципом. Как нельзя этого делать и в отношении состязательности. И то и другое начала находятся за рамками процесса. Публичность и состязательность – это квинтэссенция сути общественных отношений, которые сложились в рамках социума под влиянием объективных факторов. В одних случаях эти факторы привели к превалированию общих интересов (публичное начало), в других – частных (состязательное начало).

В работе на основе авторского понимания сущности российского процесса выявляется весь спектр ожиданий общества, связанных с реализацией уголовно-процессуальной деятельности. Предлагаемая редакция статьи о назначении уголовного процесса служит основой формулирования целей уголовно-процессуальной деятельности, среди которых впервые предлагаются обстоятельства, установление которых значимо для определения меры воздействия в отношении лица, совершившего преступление.

С позиций выявленного публичного начала российского уголовного процесса исследуется вопрос о схеме организации познавательной деятельности, соответствующей ему. Использование диалектической логики и методологии системного подхода позволило выде-

лить уровни и этапы доказывания, которые должны быть реализованы в рамках познавательной деятельности, показан путь перехода от незнания к знанию о прошлом событии. Определение узлов познавательной деятельности (объектов) лежит в основе обоснования авторского понимания доказательств и соответствующего предложения законодателю. В работе показано, каким образом в процессе доказывания должны устанавливаться свойства и характеристики доказательств, что следует понимать под первыми и вторыми. Это, в свою очередь, позволило уточнить содержание относимости и допустимости доказательств, достоверности и достаточности.

Излагаемые в этой работе выводы и предложения были предметом публичной защиты. Самые интересные вопросы, замечания и ответы на них изложены в последнем разделе – Послесловии. Хотя в научных работах не принято вводить подобный раздел, автор посчитал его необходимым для более глубокого разъяснения отдельных положений, которые вызвали оживленную полемику. В этом случае нет необходимости приводить фамилии тех, кто ставил вопросы и приводил аргументы, свидетельствующие о возможно ином решении той или иной проблемы, которая обсуждается в рамках предложенной работы. Эти вопросы могли возникнуть и у Вас, уважаемый читатель, при прочтении этой книги, и отвечать я буду именно Вам.

Все основные вопросы и аргументация задававших их систематизированы применительно к разделам работы и выделены курсивом. Таким образом, если у читающего основной текст возникнет вопрос, он сможет быстро найти ответ на него в послесловии, если этот вопрос уже задавался.

Что касается того, почему этот материал не включен в основной текст: во-первых, чтобы не нарушить логику изложения авторской аргументации; во-вторых – то, что понятно одному человеку, может вызвать вопросы у другого. Если найдется читатель, которому будет понятно все, что изложено в основном тексте, то ему не потребуется вообще обращаться к этому разделу. Но такое в принципе вряд ли возможно. Следует признаться, что некоторые моменты, освещаемые в работе, автор стал понимать более ясно после того, как получил соответствующий вопрос или замечание. Это явилось еще одним побудительным моментом для введения данного раздела. И, наконец, материал, помещенный в этом разделе, отражает устную дискуссию и не вмещается в рамки требований, предъявляемых к научному тексту.

Раздел I. Публичное начало и состязательность в российском уголовном процессе

Глава 1. Публичность: основания предпочтения

§ 1. Обусловленность публичного начала российского уголовного процесса

Каждое явление имеет свое прошлое и будущее, оно как раз и является моментом перехода прошлого в будущее. Чтобы понять явление, мы должны изучить его историю, выяснить, что на нее влияло, т. е. нельзя ограничиваться изучением того, что перед нами представлено, – для понимания сущности необходимо проникнуть внутрь, в историю его развития. Только такой подход позволит правильно объяснить настоящее. Актуальность именно этого подхода становится особенно важной, когда речь идет о новациях в существующее для изменения будущего. Если мы производим модернизацию с учетом выявленных закономерностей развития, то это позволит сущности явления более полно реализоваться в новых условиях, обеспечит перспективное развитие ее в будущем; иной подход, не учитывающий сказанное, является ненаучным.

С принятием УПК РФ, провозгласившим в ст. 15 состязательность, многие исследователи приняли ее как данность, не ставя перед собой вопрос, является ли она отражением закономерностей развития той общности, которой предлагается. Пытаться найти ответ на него, ограничиваясь изучением истории самого процесса, невозможно, так как основания предпочтения того или иного начала процессуальной формы лежат за его пределами и отражают историю народа, процесс которого мы изучаем. История народа вырабатывает особенности его мировоззрения, психологии, ценностных предпочтений, стереотипов поведения, отражая эти моменты, уголовно-процессуальная форма выражает душу народа. По основному началу, являющемуся фундаментом уголовно-процессуальной формы, в определенной мере можно судить об основных особенностях народа, процесс которого мы изучаем. И если в силу каких-либо причин вводится уголовно-процессуальная форма, являющаяся продуктом развития истории другого народа, то у нее нет шансов на будущее, так же как их нет у субтропического растения, пересаженного из своей родной почвы в тундру. Груз прошлого формирует то, что мы имеем в настоящем, он лежит в основе традиций, а традиция, как писал об этом Ф. Энгельс, «во всех вообще областях идеологии… является великой консервативной силой»[6].

Процесс формирования настоящего многофакторный. Среди основных в первую очередь следует выделить географическое положение изучаемой страны и влияние среды.

Вряд ли состязательность могла бы встать на ноги в Англии, если бы она располагалась на континенте. Островное положение, при неразвитости транспортных связей, позволило ей пройти в определенной мере самобытный путь развития, в результате которого она дала миру особую уголовно-процессуальную форму – состязательную, в основе которой лежит индивидуальное начало. Для англичанина дом стал крепостью прежде всего потому, что такой крепостью в первую очередь был его остров. Подобная благоприятная ситуация сложилась и для некоторых заморских американских колоний Англии. Но не состязательный английский процесс – предмет нашего интереса, а русский.

---

[6] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 21. М.: Полит, лит., 1961. С. 315.

Формирование русского этноса проходило не в простых условиях. После окончания великого переселения народов славянские племена, предки русских, по разным причинам оказались на переднем форпосте с Великой степью. Сожительство со Степью продолжалось на протяжении многих веков. Южнорусские степи, раскинувшиеся от Черного моря до среднего течения Волги, в силу своих благоприятных условий, как магнит притягивали степняков из Азии. Одна волна сменяла другую, или поглощая ее, или вытесняя, как это произошло, например, с булгарами, коренными жителями Волги. Безусловно, такие замены не обходились без вооруженных столкновений между славянскими племенами и новыми насельниками степи, но не это определяло их сожительство. Какое бы новое племя ни приходило в степь, основа его жизнедеятельности была та же, что и у предыдущего, – скотоводчество. Для этих целей ареал обитания славян был неподходящ так же, как для земледелия не годились степи. На способ ведения хозяйства влияет окружающая среда, и в данном случае это было определяющим для формирования основы взаимоотношений между разными народами. Славянам не нужна была земля кочевников, кочевникам – земля славян, т. е. не было основы для завоевания. Наоборот, существовал постоянный интерес в обмене продуктами труда между лесом и степью. Такой товарообмен не мог служить удовлетворению корыстных интересов, поскольку он был направлен на обеспечение нормальной жизнедеятельности и был выгоден как славянам, так и степнякам. Сложился определенный симбиоз[7]. Равенство в товарообмене выработало у славян отношение к другим, как к равным себе. А вследствие того, что других в истории славян и русских было много, то сформировался определенный стереотип отношения, в основе которого – принятие другого таким, какой он есть, уважение к его нравам и обычаям. Отмечая черты русского самобытного характера, Л. Н. Гумилев приводит слова Ф. М. Достоевского, что если у французов есть гордость, любовь к изяществу, у испанцев – ревность, у англичан – честность и дотошность, у немцев – аккуратность, то у русских есть умение понимать и принимать все другие народы[8]. Вероятно, это позволило русским стать наследниками татаро-монгольской империи и с небольшими воинскими силами и человеческими затратами привести под руку московского царя разные народы на огромной территории. Особо показательным в этом отношении является освоение русскими Сибири. Они вошли в нее как нож в масло. Немаловажную роль в этом сыграло и отсутствие естественных преград для продвижения на Восток (Уральский хребет не мог выступать в качестве серьезной преграды) и нацеленность русских на те земли, которые не представляли интереса для кочевников, а таких земель в Сибири было очень много.

Определенный ареал обитания, способы ведения хозяйства, опыт взаимодействия с другими откладывают отпечаток на психологию любого народа, влияют на ее формирование. Степные народы в тот период, который мы рассматриваем, были терпимы к чужим богам (у них самих их было много и отношение к ним было чисто рациональное), доверчивы и дружелюбны, не терпели предательства. Мировоззрение их было созерцательно. Отдавшись во власть другого, они были уверены в собственной безопасности, потому как так же бы поступили и с другим. Судьба Козельска – результат предательского убийства монгольских послов, и именно Ясе Чингисхана дипломаты должны быть благодарны за дипломатическую неприкосновенность. Долгое сожительство славян и русских со Степью не могло не отложить на них отпечаток и в этом плане. Особенно интенсивно этот процесс происходил в пограничных областях за счет частых смешанных браков. Не чурались брать в жены «красных девок половецких» и князья. Воспитанием сыновей они начинали заниматься с того возраста, с которого те могли держаться в седле, а до этого воспитанием полностью занимались матери. Дети от смешанных браков ни у русских, ни у степняков не подвергались дискриминации. Процесс ассимиляции пошел наиболее интенсивно с момента, когда ханом Золотой Орды стал Узбек, принявший мусульманство.

---

[7] *Гумилев Л. Н.* Древняя Русь и Великая степь. М.: Мысль, 1993. С. 487.

[8] *Гумилев Л. Н.* От Руси к России: очерки этнической истории. М.: Экопрос, 1994. С. 257.

Как истый неофит, он начал яро искоренять среди своих подданных язычество, христианство и буддизм. Те, кто не желал отказаться от своей веры, вынуждены были бежать, а бежать им было некуда, кроме как на Русь, в отношении населения которой ни при Узбеке, ни до него, ни после не было попыток насадить мусульманство, наоборот, каждый из ханов Золотой Орды подтверждал привилегии православной церкви. Вот как об этом писал профессор Московской духовной академии Е. Голубинский: «Ханы монгольские во все время своего продолжительного господства над Россией оставляли совершенно неприкосновенною веру русских и совершенно ненарушимыми права русского духовенства. А таким образом… тяжкий бич божий, обрушившийся на нас в виде монголов, не был, по крайней мере, бичом для церкви, именно – не был бичом для нее, по крайней мере, со стороны ее внешней свободы и внешнего положения. Духовенство наше было освобождено ханами не только от даней, но и от всех без изъятия пошлин и повинностей»[9]. Освобождение от дани и иных повинностей позволило церкви укрепить экономическую, идеологическую, политическую мощь православия, что позволило ей оказывать усиленное влияние на социальные процессы[10].

Князья, особенно московские, охотно принимали беглецов, так как они в большинстве своем были отличные воины, давали им земли, женили на русских боярышнях. Подобные прививки влияли не только на внешность, но и подвергали коррекции внутренний мир славян, вырабатывали новую психологию и стереотипы поведения. На формирование русского этноса и культуры кроме степняков оказали свое влияние, но в меньшей степени, и финно-угорские племена[11].

Результат этих прививок не замедлил обнаружиться после освобождения Руси от господства Золотой Орды. Но увидеть его можно только в сравнении, а сравнивать мы будем с одним народом, населяющим Пиренейский полуостров, – с испанцами. Этот выбор наиболее контрастно показывает, как религиозная основа жизни народа сказывается на решении одинаковых проблем.

Испания примерно в то же время, что и Россия, освободилась от мусульманских завоевателей, и оставшиеся на ее территории арабы стали объектами охоты инквизиции. В 1492 г., когда испанцы отвоевали последний оплот мавров на полуострове – Гранаду, король Фердинанд пообещал оставшимся в Испании маврам, что они будут уравнены с испанцами в правах и смогут свободно исповедовать мусульманскую веру. Но это обещание никто не собирался выполнять. В 1499 г. кардинал Сикейрос, исполнявший обязанности генерального инквизитора, начал кампанию по принудительному обращению мавров в католичество. Маврам было предложено или принять католичество, или покинуть Испанию, оставив короне и церкви все нажитое, но и принявшие католичество не могли чувствовать себя в безопасности. Большинство новообращенных не говорили по-испански, а священники по-арабски, усвоить догматы новой веры в этом случае было проблематично, что давало инквизиции массу поводов обвинить обращенных в ереси, со всеми вытекающими из этого последствиями. Схема борьбы с инаковерующими до этого уже была отработана на марранах и применялась к морискам настолько «удачно», что нанесла непоправимый ущерб испанской экономике. «В Валенсии, где четверть населения составляли мориски, после их изгнания пришли в упадок зерновые культуры, культуры сахарного тростника, ремесла»[12].

Марранов и морисков от испанцев отделяла непреодолимая граница, для испанцев они были другие, чужие. Даже после принятия католической веры для них невозможна была асси-

---

[9] *Голубинский Е.* История русской церкви: В 2 т. Т. 2. Период второй, Московский. М.: Крутицкое патриаршее подворье, 1901. С. 39.

[10] *Варичев Е. С.* Православная церковь: история и социальная сущность. М.: Сов. Россия, 1982. С. 53.

[11] Подробнее см.: *Трубецкой Н. С.* О туранском элементе в русской культуре// Россия между Европой и Азией: Евразийский соблазн. М.: Наука, 1993.

[12] *Григулевич И. Р.* Инквизиция. М.: Изд-во полит, лит., 1985. С. 253.

миляция. При назначении на государственные должности, при присвоении офицерского чина, вступлении в духовное звание и монашеский орден, на преподавательскую должность в университет и в других случаях требовался сертификат «чистоты крови».

На Руси ничего подобного не было. Идея национальной исключительности была чужда русским людям: патриарший престол мог занять мордвин Никон, а русскими армиями командовать потомок черемисов Шереметьев и татар – Кутузов. И таких примеров множество. Другое отношение русских к иным народам, их вере обусловлено не только долгим сожительством со Степью, но и меньшей религиозной нетерпимостью православия.

Но есть и схожие моменты в судьбе Испании и России – после освобождения они предстали перед миром мощными государствами. Экспансия одного распространилась на другой континент и вылилась в жестокую колониальную политику, развитие другого пошло по направлению постоянного приращения пограничных территорий с постепенной, как правило, добровольной ассимиляцией народов, живущих на этой земле. Различное отношение к коренным народам можно объяснить двумя факторами: недолгим сожительством испанцев с другими, чуждыми по культуре народами, в силу этого их психология мало отличалась от психологии других европейских народов; отличия эти еще более сглаживались тем, что испанцы были католиками в отличие от православных русских – это второй фактор. В силу его важности он будет рассмотрен отдельно. И вот когда эти два народа вышли на европейскую сцену, одни были признаны своими, а другие, в силу явных отличий, были отторгнуты. Моментом начала отторжения стало принятие русскими православия.

Испания и Россия стали мощными государствами, пройдя у завоевателей школу власти. В этом плане русские оказались примерными учениками у Золотой Орды. Структура, схема взаимодействия между различными элементами власти были заимствованы, и не без толку. Сами завоеватели всемерно способствовали преодолению удельной раздробленности. «Если на Руси начиналась княжеская усобица, хан присылал сарского епископа с татарским беком (обязательно христианином), и они решали спорные вопросы на княжеских съездах. Если кто-то не считался с принятым решением и пытался продолжить удельную войну, его принуждали к миру с помощью татарской конницы»[13]. Концентрация власти в руках одного князя была в их интересах. Живя в отдалении от завоеванных, будучи заинтересованы в бесперебойном поступлении дани, они всемерно поддерживали и укрепляли власть московского князя, обеспечивающего им постоянный приток доходов, но московские князья, выполняя эту неблагодарную миссию, не забывали и о своих интересах. Концентрируя в своих руках огромные финансовые средства, они, где подкупом, где военной мощью, приводили к послушанию непокорных соседей, объединяя земли вокруг Москвы, тем самым исподволь создавая единое государство. «Власть хана сделалось той силой, воспользовавшись которой московские князья превозмогли центробежные силы удельного сепаратизма»[14].

Задача объединения облегчалась тем, что мировоззрение у русских было одно – православие, оно во многом послужило идеологической основой единства народа и единства власти. Это единство было выстрадано под гнетом монгольских завоевателей и под постоянной угрозой порабощения католическими «братьями». Последнее было гораздо страшнее. Завоевание Руси монголами настоящим завоеванием назвать трудно: во взятых городах они не оставляли постоянных гарнизонов, не строили своих крепостей, не отбирали для своих нужд земли, т. е. не селились среди завоеванных славян, а самое главное – не посягали на душу народа – его веру, которая для славян определяла не только идеологию, но и основы обыденной жизни. Татарское владычество не проникало в быт покоренной страны. Повиновения они добивались с помощью карательных операций или путем демонстрации их подготовки.

---

[13] *Гумилев Л. Н.* От Руси к России: очерки этнической истории. С. 133.

[14] *Клепинин Н. А.* Святой и благоверный Великий князь Александр Невский. М.: Стрижев, 1993. С. 7.

Иначе к завоеванным относились католики: они не захватывали на Востоке больших территорий, но, приходя на новые земли, обустраивались на них прочно. Этого они добивались не только с помощью строительства замков, главным было духовное порабощение: вера отцов изгонялась, упорствующие уничтожались. Католическая агрессия отличалась крайней нетерпимостью к другим верам, православные для них были не просто чужие – враги. Их наступление было религиозной войной, с помощью которой утверждалось иное религиозное миропонимание, что влекло за собой слом прежнего быта и уклада жизни. «Завоеванные Западом области теряли свой облик и становились западными»[15].

Здесь необходимо остановиться на вопросах о том, почему в Киевской Руси при выборе вер предпочтение было отдано православию, в чем основа конфронтации между католичеством и православием, какую роль последнее сыграло в формировании единства народа и государства.

К тому времени, как на Руси стали выбирать веру, в христианстве уже произошел раскол. Не вдаваясь в сущность спора между константинопольским патриархом Фотием и папой Николаем I, в результате которого в 867 г. Константинопольский собор предал папу анафеме за незаконное вмешательство в дела восточной церкви, отметим, что с этого момента произошло отделение Запада от ортодоксального Востока. Франки и латины стали чужими для греков, так как в те времена конфессиональные различия имели большее значение, чем этнические, они пошли по своему пути развития[16].

Перед князем Владимиром чередой прошли, с изложением своих догматов, миссионеры от католицизма, мусульманства, иудаизма и православия, и только слова последних зацепились за душу князя, и Русь была крещена в православии. Вот как описывает процесс принятия этого решения церковный историк: «Болгарские мусульмане хвалили свою веру, и описание Магометова рая нравилось сластолюбивому князю, но обрезание казалось ему ненавистным обрядом, а запрещение пить вино – несовместимым с обычаями Руси. Усердные слуги папы (римского) говорили о величии невидимого Бога и ничтожестве идолов; славный князь, зная захватническую политику папы, отвечал: "Отцы наши не принимали веры от папы". Выслушав иудеев хазарских, спросил: "Где ваше отечество?" – "В Иерусалиме, но Бог во гневе расточил нас по чужим землям", – говорили евреи. "И вы, наказываемые Богом, смеете желать, чтобы и другие лишились своего отечества?" – отвечал умный князь. Наконец, выслушан был философ – инок греческий. Тот, показав несправедливость других вер, представил содержание Библии, историю православия и в заключение показал картину страшного суда божия с участием праведных и грешных… Греческий инок пообещал князю: "Крестись и будешь в раю с первыми" (то есть с праведниками)»[17].

Эти ли наивные основания оказались решающими при выборе веры – сказать трудно. Возможно, учитывались и они, но существовали и более глубинные. Л. Н. Гумилев для объяснения подобных предпочтений вводит принцип комплиментарности, говоря о положительной комплиментарности, он подчеркивает, что это безотчетная симпатия без попыток перестроить структуру партнера, это принятие его таким, каков он есть[18]. В другой своей работе он объясняет комплиментарность как природное явление, а не дело рук человека[19]. Безотчетная симпатия является таковой, когда человек не делает попытки понять, в силу чего ему приятен другой, но если он задастся такой целью, то выявит основания. Если же речь идет о научном объяснении феномена, то исследователь обязан это сделать. В противоречие со своим понима-

---

[15] *Клепинин Н. А.* Указ. соч. С. 48.

[16] Подробнее см.: *Гумилев Л. Н.* Древняя Русь и Великая степь. С. 166–167, 241.

[17] *Гумилевский Ф.* История русской церкви. СПб., 1895. С. 24.

[18] *Гумилев Л. Н.* Древняя Русь и Великая степь. С. 241–242, 378–379.

[19] *Гумилев Л. Н.* Черная легенда: Друзья и недруги Великой степи. С. 34.

нием комплиментарности Л. Н. Гумилев в своих работах и занимается этим – поиском оснований предпочтения, и во многих случаях наше понимание базируется на его аргументации.

Причины выбора православия были обусловлены рядом факторов. Недоступность католицизма для основной массы верующих из-за латыни, на которой осуществлялись богослужения и издавались богословские книги, утверждения, что христианские истины понятны только посвященным, делали католическое учение непонятным и в силу этого отпугивающим. Дело доходило до того, что специальной буллой папы Григория IX в 1231 г. мирянам запрещалось читать Библию. Предлагалось верить в то, что было покрыто темным завесом тайны. В Византии же «церковная служба проходила на общепонятном греческом языке, основой культурного единства было убеждение, для которого необходимо понимание. Поэтому в греческих городах шли постоянно споры на темы догматики, этики, апологетики и прочих теологических дисциплин. Духовенство практически не отделяло себя от паствы, поэтому светски образованные люди иногда становились патриархами…»[20].

Православие несло не только веру, но и просвещение, возможность приобщения к мировой культуре, что, безусловно, льстило язычникам и переводило их из категории варварских народов в цивилизованные. Кроме того, славяне и греки очень часто сталкивались с кочевыми племенами, что не могло в определенной мере отложить одинаковый отпечаток на их психологию. Но главное – этим народам особо нечего было делить: путь из варяг в греки, который проходил по Киевской Руси, обуславливал заинтересованность в партнерстве, а не во вражде.

Всесторонние связи с Византией позволяли киевским князьям использовать греческих митрополитов, православную церковь, ее религиозные каналы для усиления своего могущества под прикрытием Константинополя.

В период принятия Русью христианства в Византии, в силу исторических условий развития, сложилось определенное соотношение сил между властью светской и духовной, которое характеризуется в исторической науке как цезаре-папизм, применительно к этому была разработана теория «симфонии властей» (государственной и церковной)[21]. Император обладал властью, которая делала возможным распространение христианства вширь и его защиту. Восточная церковь вплотную сталкивалась с различными религиями, под их влиянием существовала реальная опасность возникновения ересей и расколов, рядом крепло и мужало мусульманство, в силу указанных причин церковь была заинтересована в крепкой императорской власти и со своей стороны делала все возможное для ее укрепления. В Византии светская и церковная власть находились в тесном союзе[22]. Роли были распределены: государственная власть занималась мирскими делами, церковная – духовными, и каждая, выполняя свое предназначение, способствовала укреплению единства государства.

Возможно, именно такое соотношение светской и духовной власти было еще одним из факторов, обусловивших выбор князя Владимира. Он оказывал церкви всевозможное содействие в религиозно-нравственном воспитании народа. Она, в свою очередь, поддерживала князя в деле установления нового порядка в среде крещеного народа[23]. Но симфония властей на киевской земле не сложилась. У духовной власти было явное преимущество перед юной государственной властью на Руси. Установление порядка не только в духовной, но и в обыденной жизни предполагало принятие норм, регламентирующих ее. В этом деле священники, пришедшие из Византии, были гораздо компетентнее местных князей, которые охотно допускали к участию в мирских делах представителей духовенства. Роль их в этих делах была очень весомой в силу того, что «никакой другой класс русского общества не обладал тогда необ-

[20] *Флоря Б. Н.* Сказание о начале славянской письменности. СПб.: Алетейя, 2000. С. 26–27, 35.

[21] См.: *Варичев Е. С.* Православная церковь. История и социальная сущность. С. 29.

[22] *Греков Б. Д.* Избранные труды: В 5 т. / Академия наук СССР. М.: Изд-во АН СССР, 1959. Т. 2. С. 383.

[23] *Дьшма С.* Церковь и государство в Киевской Руси // Журнал Московской Патриархии. 1990. № 6. С. 58.

ходимыми для такой работы средствами, и общеобразовательными, и специально юридическими»[24]. Таким образом, с принятием христианства на Руси произошел переворот во всех сферах жизни.

Наставничество священнослужителей, вмешательство их в светскую жизнь в то время, когда государственная власть была слаба, явилось благом. Такое вмешательство не раз спасало русскую государственность и в смутные времена было оправданным. Во времена же стабильности и прочности государственных устоев вошедшее в привычку у священнослужителей желание вмешиваться в управление светскими делами приводило к кризисам в отношениях между светской и духовной властями. Нестабильность в развитии Русского государства не дает возможности утверждать, что когда-либо в истории его развития была воплощена теория «симфонии властей».

Христианство на Западе развивалось в другой ситуации. После переноса столицы Римской империи в Константинополь (330 г.) главной фигурой в Риме становится римский епископ – папа. Италия превращается в западную окраину империи, у которой уже не хватает финансовых и военных сил для защиты ее границ от набегов варваров. Логическим следствием этого явился распад империи на Восточную (Византия) и Западную (Гесперия) в 395 г., что еще более усилило власть папы, который для защиты Вечного города вступал в переговоры с варварами, замирял их и постепенно становился для них большим авторитетом, чем император. Но быть щитом всей Западной империи он не мог. В конце V века она прекратила свое существование. От былого могущества Римской империи остались одни осколки. Молодые государства старались выжить в ожесточенной борьбе между собой. В эту борьбу вмешивался и папский престол, пытаясь использовать при этом не только духовные силы, но и мирские средства, что не замедлило вылиться в большие территориальные приобретения для папской тиары. Франкский король Пипин Короткий в 756 г. отдал папе почти всю Северную и Центральную Италию, кроме того, папа обладал Сицилией и обширными земельными владениями в Испании. Современное государство Ватикан – остаток былого земного могущества католицизма. Папа, став равным земным государям, но имея перед ними духовное преимущество, являясь по официальной доктрине наместником Бога на земле, посчитал возможным присвоить себе власть назначать и смещать земных владык, в отдельных случаях при этом опираясь на вооруженные силы. Жесткая непримиримость католицизма, нетерпимость к ересям произросли на этой основе, ведь любое отклонение от догмы было посягательством не только на духовную власть, но и на земную, которая была реальна и в силу этого более ценна.

В таких условиях принять католицизм для князя означало подчиниться земной власти папы, стать его марионеткой, которая при ненадобности может быть отброшена и заменена на другую, что могло бы привести к междоусобицам, оснований для которых и без этого хватало. Принятие католицизма в тот момент не способствовало укреплению мощи и единства Киевской Руси, православие же для этого использовалось в полной мере и не только во времена Киевской, но и Московской Руси. В период княжеских междоусобиц князья, чтобы пересилить противника, хотели поставить «начальника церкви» на своей стороне. По мере укрепления власти московских князей церковь, для защиты себя и укрепления княжеской власти, полностью переходит под руку московского князя[25]. Православие способствовало идейному и организационному объединению верующих, осуществление им этой интеграционной функции не в малой мере легло в основу становления русского этноса как социальной общности и российской государственности.

Православие стало тем мерилом, с помощью которого давалась нравственная оценка деятельности государственной власти, через него действия власти осознавались как нацио-

---

[24] *Ключевский В. О.* Русская история. Полный курс лекций: В 3 кн. М.: Мысль, 1993. С. 280.

[25] *Карпов Г.* Очерки из истории Российской церковной иерархии. М.: Унив. тип., 1865.

нально значимые. Подчеркивая значение православия, Н. А. Бердяев писал, что «душа русского народа была формирована русской православной церковью, она получила чисто религиозную формацию»[26].

Выделенные нами факторы, как представляется, объясняют основания предпочтения на Руси православия. Но Русь, сделав этот выбор, в определенной мере разделила и судьбу Византии. Когда очередной крестовый поход за Гробом Господним окончился провалом, крестоносцы в апреле 1204 г. взяли приступом Константинополь, оправдывая себя тем, что греки такие схизматики, что хуже мусульман. Схизматиками стали и славяне. В то время, когда Русь подверглась татаро-монгольскому завоеванию, на северо-западе на ее территорию вторглись крестоносцы. Папа Григорий IX дал своему легату Вильгельму задание принудить Новгород перейти в католическую веру[27]. Другой папа, Иннокентий IV, объявил на Лионском соборе крестовый поход против схизматиков – греков и русских. Только в силу того, что Александр Невский смог заключить союз с Золотой Ордой, натиск католической агрессии был остановлен. С этого времени началось многовековое противостояние с католическим миром. Выстоять в нем можно было только объединившись вокруг центра, обеспечивающего возможность самоидентификации – православия. Возможно, в силу этого русские верили ортодоксально, возможно, по этой причине, как заметил М. Н. Покровский, «московская политическая идеология была церковной… московский царь мыслился своими подданными не столько как государь национальный, сколько как царь православного христианства всего мира»[28], для которого безусловное подчинение высшему принципу (православию) было столь же обязательным, как и для его подданных. Наличие одной идеи, служение ей всех членов общества спаяло Русь в одно целое. Это вылилось в то, что к «XV в. государство мыслилось как особый организм, который вне времени и обстоятельств должен олицетворять особую «небесно-земную правду»… это предполагало единство государства и общества, частый приоритет идеологических ценностей над сословными»[29].

Под двойным прессом выковывалась русская государственность и русский характер, который во многом был оригинален. Постоянная военная угроза привела к быстрому формированию на Руси отношений подданства. Русский служилый человек не думал о защите своих прав, их у него не было, он стремился к получению обязанностей, за выполнение которых ему полагалось жалование. Они нужны были государству, государю и служили ему, не заботясь о своих правах, до тех пор, пока их идеалы и идеалы государя совпадали и он им платил жалование. В ином случае ничто им не мешало уйти. Государь не в меньшей степени, чем его подданные, был заинтересован в сохранении единства, столь важного для обеспечения безопасности государства. Ценность в этом плане каждого, связка между всеми находили отражение и в законодательстве того периода. Русское право до середины XVI века мало внимания уделяло сословной принадлежности лица, совершившего преступление. Не существовало правовых ограничений для привлечения лиц различных сословий к уголовной ответственности. Значимым было только деление преступников на две категории. «Лихие» профессиональные преступники рассматривались как абсолютно бесперспективные для исправления. Их казнили. Остальная масса правонарушителей подвергалась последовательному и систематическому воздействию принудительных мер с целью сохранения их как активных членов общества. Социальная полезность человека для государства была главной заботой последнего[30].

---

[26] *Бердяев Н. А.* Истоки и смысл русского коммунизма. М.: Наука, 1990. С. 8.

[27] *Шаскольский И. П.* Борьба Руси против крестоносной агрессии на берегах Балтики в ХП-ХШ вв. Л., 1978. С. 156–157.

[28] Цит. по кн.: *Гумилев Л. Н.* Древняя Русь и Великая степь. С. 572.

[29] *Рогов В. А.* История уголовного права, террора и репрессий в Русском государстве XV–XVII вв. М.: Юрист, 1995. С. 265.

[30] Там же. С. 264.

Многовековое сожительство со степными народами, православие, уроки Золотой Орды, агрессия со стороны Запада – все это естественным образом наложило отпечаток на процесс, в результате которого появилось мощное Русское государство. Высший интерес обороны его от внешней опасности заставлял все слои русского общества соблюдать лояльность по отношению к государю[31]. В его сильной власти были заинтересованы все, так как без этого победы в войне были бы невозможны. Настало время четко определить основу этой мощи – единство, которое обеспечивалось служением общей идее, когда же эта целостность при Петре I стала разрушаться, основой государственности стала голая сила принуждения, что привело к отчуждению народа от власти[32]. Принуждение – ненадежный инструмент, так как обеспечивает только внешнее единство, и если ориентироваться только на это, то неизбежна эскалация принуждения. Необходимо содержательное внутреннее единство. На Руси оно было достигнуто к XV веку, что обеспечило приоритет идеологических ценностей над сословными[33].

История России дана в этой работе крупными мазками, многие детали не прописаны, но перед нами и не стояла такая цель. Обнаруженные значимые моменты развития позволяют сделать вывод, что в природе русского человека лежит особое отношение к государству: оно для него не только механизм, обеспечивающий комфортные условия для существования, правда, в подобном русскую государственность как раньше, так и теперь упрекнуть нельзя, оно для него носитель идеи, которой он готов служить. И если государство обладает такой идеей, то, реализуя единство общества, оно осуществляет публичный интерес, обратное заставляет прибегать к принуждению, и в данном случае реализуется официальность. Неоднократно в истории России случались эпизоды, когда государь подменял собой государство (Иван IV, Петр I) и рвалась связь, но то, что сформировалось в младенческом периоде, закрепилось в юности, как у человека, так и у этноса остается до конца существования и при изменении условий в более благоприятную сторону вновь со всей силой заявляет о себе.

Новые условия существования России характеризуются нестабильностью, отсутствием вектора развития, что уже частично привело и может еще в большем масштабе привести к дезинтеграции государства Российского. В этот период, не менее чем на этапе становления русской государственности, необходима сильная власть. Власть, основанная на интеграционной идее.

Уголовный процесс России – продукт ее непростого исторического развития. Можно его по-разному оценивать, но нужно признать его объективную природу. Его авторитарные тенденции – отражение стремления государственной власти удержать свои составные части в единстве, сохранить язык, культуру, традиции от внешнего врага. А. Дж. Тойнби прав, когда пишет о том, что почти тысячу лет русские принадлежали не к западной, а к византийской цивилизации, «сестринскому обществу того же греко-римского происхождения, но тем не менее другой цивилизации. Полагая, что их единственный шанс на выживание лежит в жестокой концентрации политической власти, они разработали свой вариант тоталитарного государства визан-

---

[31] *Нестеров Ф. Ф.* Связь времен: Опыт исторической публицистики. М.: Мол. гвардия, 1980. С. 52.

[32] См.: *Бердяев Н. А.* Истоки и смысл русского коммунизма. С. 12–13.

[33] В своем интересном, не потерявшем значение и в наше время, исследовании истоков и смысла русского коммунизма на первой странице Н. А. Бердяев формулирует тезис, что в русской истории нельзя найти органического единства. Он прав и в то же время не прав. История России – это не история органического единства, это постоянный поиск, стремление к нему, о чем свидетельствует он своей работой, но в то же время в ней были краткие моменты единения, которые переводили русский этнос из одного качественного состояния в более высокое. Именно эти моменты оставались в народной памяти и были основой для постоянного стремления к единству, идеологической основой, стержнем которого, как выше уже отмечалось, являлось православие. Примеры этого не единичны. В качестве одного из них можно указать на этническое значение сражения на Куликовском поле. В 1380 г. на это поле пришли владимирцы, ростовцы, суздальцы и представители других княжеств, а вернулись с него русские. «И поэтому в этнической истории нашей страны Куликовская битва считается тем событием, после которого новая этническая общность – Московская Русь – стала реальностью, фактом всемирно-исторического значения». См.: *Гумилев Л. Н.* От Руси к России: очерки этнической истории. С. 164.

тийского типа»[34]. Как показано выше, это полагание не было мнимым, в основе своеобразия России лежат выделенные нами объективные факторы. Не слепое подражание стало причиной того, что Россия стала наследницей византийского тоталитаризма. Отказаться от своей истории – не то же самое, что сменить старое платье на новое, хотя даже такая смена происходит не всегда гладко и безболезненно, да и не следует от нее отказываться, необходимо ее понять, поняв, использовать для переустройства будущего, которое возможно при отпадении причин, приведших к настоящему. Для такого переустройства можно было использовать и существовавшую форму уголовного процесса, влив в нее новое содержание. Содержание, отражающее такое соотношение сил, когда не государство диктует свои условия обществу, а гражданское общество вырабатывает правила, к реализации которых призываются органы государства.

Сказанное в этом параграфе позволяет утверждать, что публичность – именно то объективное начало, которое должно быть присуще российскому уголовному процессу[35]. В силу этого начала органы государственной власти должны установить картину прошлого в полном объеме, выявить и защитить законные интересы всех участвующих в уголовном процессе и на основе баланса интересов принять социально значимое решение.

§ 2. Роль публичности в уголовном процессе

В предыдущем параграфе публичность обозначается как начало уголовного процесса, в уголовно-процессуальной литературе ее, так же как и состязательность[36], чаще всего именуют принципом процесса. В тех случаях, когда говорят о публичности как о начале, по сути, ее содержание не разводят с содержанием принципа. Насколько это допустимо – вопрос данного параграфа.

В юридической литературе существует несколько подходов к определению содержания понятия «принцип». По одному из них, принцип – основное начало, основа определенной правовой системы[37], он, как подчеркивают другие авторы, закрепляется в законе как положение основного, руководящего характера[38], или, иными словами, принципы права – это его нормы фундаментального, основополагающего, общего характера[39].

---

[34] *Тойнби А. Дж.* Цивилизация перед судом истории. СПб.: Ювента, 1996. С. 106. Эта же мысль высказана В. Н. Синюковым, который подчеркивал, что «исторические пути развития русской государственности, русской культуры, русского экономического и правового уклада проложены далеко не в русле западных обществ, и на это, вероятно, есть свои фундаментальные причины, не исчерпывающиеся субъективной волей тех или иных лиц или политических группировок». См.: *Синюков В. Н.* Российская правовая система. Саратов, 1994. С. 56; см. также: История России и мировые цивилизации: Учеб. пособие / Под ред. М. В. Рубана. М.: РПА, 1997. С. 42–45.

[35] О необходимости соблюдения преемственности, которая имеет объективные основания, при принятии уголовно-процессуального закона писали и другие авторы (см., например: *Милиции С. Д.* Понятие и виды преемственности уголовно-процессуального права// Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): Материалы Междунар. науч. – практ. конф., г. Екатеринбург, 27–28 янв. 2005 г.: В 2 ч. Екатеринбург, 2005. Ч. 2. С. 94–97), но не давали объяснения того, что лежит в основе этой объективности. В данной части работы наши усилия были сосредоточены как раз на этом.

[36] Во второй половине XX в. в литературе, посвященной состязательности, появились сомнения по поводу ее статуса, заключающиеся в том, что состязательность не соответствует критериям отнесения положения к системе принципов. См.: *Даев В. Г.* Процессуальные функции и принцип состязательности в советском уголовном процессе // Правоведение. 1974. № 1. С. 71; *Вандышев В. В., Дербенев А. П., Смирнов А. В.* Уголовный процесс: Учеб. – метод, пособие. Ч. 1. СПб., 1996. С. 25–34; *Макарова З.* Состязательность нужна, но какая? // Законность. 1999. № 3. С. 24.

[37] *Явич Л. С.* Общая теория права. Л.: ЛГУ, 1976. С. 151 и др.

[38] *Ронжин В. Н.* О понятии и системе принципов социалистического права // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 1977. №. 2. С. 34.

[39] *Талалаев А. Н.* Общепризнанные принципы и нормы международного права (конституционное закрепление термина)// Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 1997. № 3. С. 69.

Другие видят в принципе основополагающую идею[40]. Трудноразличимое отличие между этими подходами привело к тому, что отдельные авторы рассматривают таким образом раскрываемое содержание понятия «принцип» как тождественное[41].

Из существующих в теории права подходов к определению принципа наиболее распространенным в науке уголовного процесса является тот, в соответствии с которым под принципами понимаются «закрепленные в законе наиболее общие, руководящие положения, которые лежат в основе всей системы уголовно-процессуальных норм и установленного им порядка уголовного судопроизводства. Это наиболее общие правила уголовного судопроизводства, руководящие нормативные требования, лежащие в основе всей системы норм уголовно-процессуального права и регулируемого им порядка следственной, судебной и прокурорской деятельности»[42]. Понимание принципа как нормы общего, руководящего характера привело отдельных авторов к выводу о том, что форма уголовного процесса возникает раньше, чем процессуальные принципы[43]. Если принцип понимать только как норму, то она, естественно, появилась после осознания главных черт деятельности. Если остановиться на этой констатации, то возникает парадокс – уголовный процесс может реализовываться без принципов в тех случаях, когда они не прописаны в норме. Но тогда формы как таковой нет, существует стихийная, ни на чем не основанная и никак не управляемая деятельность. Подобное не соответствует человеческой природе. Прежде чем приступить к любой деятельности, человек должен вначале осмыслить ее, понять, зачем она необходима и что нужно сделать, чтобы получить результат. Причем не только, что сделать, но и как. Пусть последнее применительно к уголовно-процессуальной деятельности не закреплено в писаных нормах, но оно существует уже как обычай, который для соблюдающего его более обязателен, чем норма, данная со стороны государства, поскольку является частью его жизни, тем, в выработке чего он, возможно, сам участвовал.

Косвенное подтверждение правильности такого понимания мы находим и в анализируемом тексте. С. Д. Шестакова пишет, что «законодатель не придает нормам общий характер, а признает его за ними…»[44]. Значит, принципы уже существовали, реализация именно их и есть проявление вовне определенной процессуальной формы.

Деятельность в рамках определенной формы организуют как раз принципы, даже когда они не прописаны. Форма и принципы – это неразрывное целое. Принципы – жизнь формы в деятельности, то, что делает форму реальной. Мы не можем принять позицию, согласно которой появление формы – это появление деятельности, что влечет в последующем появление принципов. Принять ее значит согласиться с тем, что форма и есть деятельность, но обычно деятельность – содержание формы. Чтобы ее организовать в соответствии с формой, и нужны принципы, которые вначале формируются как обычаи, затем при осознании их важности закрепляются в законе.

Приводя свои аргументы, мы исходим из того, что форма любого процесса – это обобщенная абстракция, вербально выражающая сущность, принципы более конкретны, они – выражение определенных сторон и проявлений сущности. Именно принципы делают абстракцию действительностью при реализации их в деятельности. Из сказанного следует вывод: форма деятельности и принцип составляют неразрывное единство, одно без другого не суще-

---

[40] *Васильев А. М.* О правовых идеях-принципах // Советское государство и право. 1975. № 3; *Он же.* Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 216.

[41] *Лукашева Е. А.* Принципы социалистического права // Советское государство и право. 1970. № 6. С. 21–22; *Бабаев В. К.* Теория современного советского права: фрагменты лекций и схемы. Н. Новгород: Высш. шк. МВД России, 1991. С. 24; *ЧерданцевА. Ф.* Теория государства и права: Учебник для вузов/ Предисл. С. С. Алексеева. М.: Юрайт, 1999. С. 186.

[42] *Якуб М. Л.* Демократические основы советского уголовно-процессуального права. М.: Изд-во МГУ, 1960. С. 26.

[43] См.: *Шестакова С. Д.* Состязательность уголовного процесса. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. С. 51.

[44] *Шестакова С. Д.* Указ. соч. С. 52.

ствует. Другое дело, что в настоящее время в качестве принципа можно рассматривать только то положение, которое закреплено в законе.

С момента опубликования приведенного выше определения принципов процесса, данного М. Л. Якубом, прошли десятилетия, социалистическая Россия осталась в прошлом, но и в настоящее время предлагаются определения принципов, аналогичные прежнему. Так, Н. А. Громов и В. В. Николайченко понимают принципы как «теоретически обоснованные и законодательно закрепленные основные правовые положения, которые выражают демократическую и гуманную сущность уголовного процесса, определяют построение всех его процессуальных форм, стадий и институтов и направляют уголовно-процессуальную деятельность надостижение целей и задач, поставленных государством перед уголовным судопроизводством» [45]. Правда, в наше время добавляется важный момент – подчеркивается неразрывная связь между реализацией принципов и достижением целей и задач уголовного судопроизводства [46]. Завидная стабильность в понимании принципов как права вообще, так и уголовного процесса базируется на одинаковом отношении и использовании философского определения принципа.

В философии под принципом понимается первоначало, руководящая идея, основное правило поведения, основание системы, центральное понятие, представляющее обобщение и распространение какого-либо положения на все явления той области, из которой данный принцип абстрагирован[47].

Если какая-то часть данного определения не учтена в указанных выше подходах, то этот недостаток восполняется другими авторами. Так, пишется, что принципы выражают сущность и содержание уголовного процесса, характеризуют самые важные его свойства и качественные черты, предмет и метод процессуального регулирования [48]. Или же под ними понимают руководящие идеи (нашедшие закрепление в нормах права), которые определяют построение уголовного процесса, выражая его сущность и характерные черты[49].

Обобщая сказанное, выделим главные пункты по определению принципов уголовного процесса: принципы – это основные (или общие) руководящие правовые положения, они выражают сущность уголовного процесса, его идею, реализация их способствует достижению целей и задач уголовного судопроизводства.

То, что хорошо на уровне высоких абстракций, в теории права, вряд ли пригодно, когда речь идет о конкретной деятельности. В анализируемом подходе не отражена специфика уголовного процесса. Такое понимание принципов характерно и для других отраслей права. Подобный подход не конкретен, он не дает ответа на вопрос о том, как из многих основных, руководящих норм, отражающих сущность процесса, его идею, выделить те, где закреплены принципы. В разделе 1 УПК РФ 28 статей, содержащих основные положения. Он так и назван «Основные положения». Если бы не было в этом разделе главы 2 «Принципы уголовного про-

---

[45] *Громов Н. А., Николайченко В. В.* Принципы уголовного процесса, их понятие и система // Государство и право. 1997. № 7. С. 34.

[46] О связи между реализацией принципов и достижением цели процесса писали и другие авторы. См., например: *Масленникова Л. Н.* Публичное и диспозитивное начала в уголовном судопроизводстве России: Автореф. дис… д-ра юрид. наук. М., 2003. С. 9; *Соловьев А. Б.* Подход к принципам уголовного судопроизводства в УПК РФ требует уточнения // Концептуальные основы реформы уголовного судопроизводства в России: Материалы научной конференции. М., 2002. С. 88; *Кузнецова Н. В.* Принципы российского уголовного процесса: система, взаимосвязь и пределы// Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): Материалы Междунар. науч. – практ. конф., г. Екатеринбург, 27–28 янв. 2005 г.: В 2 ч. Ч.1. Екатеринбург, 2005. С. 489.

[47] Философский словарь. 5-е изд. / Под ред. И. Т. Фролова. М.: Изд-во полит, лит., 1986. С. 382; См. также: *Кондаков Н. И.* Логический словарь-справочник. 2-е изд., испр. и доп. М.: Наука, 1975. С. 447 и др.

[48] Уголовный процесс: Учебник для вузов/ Под ред. П. А. Лупинской. М.: Юрист, 1995. С. 88.

[49] Уголовный процесс: Учебник для вузов / Под ред. К. Ф. Гуценко. М.: Зерцало, 1996. С. 49; *Зажицкий В. И.* Правовые принципы в законодательстве Российской Федерации // Государство и право. 1996. № 11. С. 93. Уголовный процесс: Учебник/ Под ред. В. П. Божьева. М.: Высшее образование, 2005. С. 54.

цесса», то следовало бы признать, что каждая норма этого раздела закрепляет принцип, но ни один серьезный исследователь не сделает такого утверждения[50].

Для понимания принципа процесса необходимо реализовать деятельностный подход. В ходе исследования уголовно-процессуальной деятельности были определены те ключевые моменты, использование которых приводило к ее успеху. Выявленная их суть позволила законодателю сформулировать и закрепить в законе принцип уголовно-процессуальной деятельности как требование к деятельности, без реализации которого невозможно достижение цели деятельности.

Данная служебная роль принципов уголовного процесса уже отмечалась в литературе. Т. Н. Добровольская, подчеркивая недостатки системно-структурного метода, который использовался при исследовании и понимании системы принципов, указывала на необходимость «выходить за пределы уголовного процесса… обращаясь к целям правосудия, иерархии социальных ценностей»[51]. Конкретизируя этот подход, П. С. Элькинд писала: «Если цель указывает на результат, для достижения которого осуществляется определенная деятельность, то принципы определяют, как (каким образом) эта деятельность осуществляется»[52].

Встречалось в литературе и понимание принципов, где подчеркивалось, что это требования, предъявляемые к деятельности. Одно из более четких и ранних упоминаний об этом мы находим у Н. Н. Полянского. Он понимал принцип как одно из основных общих требований, которому должна отвечать деятельность[53].

Рассматриваемое понимание принципа, как представляется, наиболее точно отражает роль и назначение его в правовой деятельности. Особенно оно значимо, когда речь идет об уголовно-процессуальной деятельности. Специфика принципа уголовного процесса в том, что это не просто требование, а требование, носящее императивный характер, которое предъявляется к деятельности органов государства, – в этом отражается сущность уголовного процесса, его отличие от других областей правовой деятельности. Именно органы государства в уголовном процессе являются адресатом выполнения принципов-требований. Это вытекает из того, что только они субъекты уголовно-процессуальной деятельности, только на них возложена ответственность за ход и результат деятельности, только они имеют наиболее широкие полномочия, в том числе и по реализации принципов, для достижения цели уголовно-процессуальной деятельности.

Сказанное не позволяет нам согласиться с Н. А. Громовым и В. В. Николайченко, которые считают, что принципы уголовного судопроизводства адресованы гражданину и соответствующим государственным органам[54]. Возможно, это приемлемо для гражданского процесса,

---

[50] К сожалению, и в главе 2 далеко не в каждой статье закрепляется содержание принципа. Наряду с принципами как о принципах говорится о правах, в статус принципа возводятся очень спорные положения. Подробнее см.: *Проценко В. П.* Генезис антисистемы в праве. Уголовно-процессуальные и нравственные аспекты. Краснодар: Советская Кубань, 2003. С. 137.

[51] *Добровольская Т. Н.* Принципы советского уголовного процесса. М.: Юрид. лит., 1971. С. 17.

[52] *Элькинд П. С.* Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. С. 31. См. *также: Демидов И. С.* Принципы советского уголовного процесса // Курс советского уголовного процесса. Общая часть / Авт. кол.: В. Б. Алексеев, Л. Б. Алексеева, В. П. Божьев и др.; под ред. А. Д. Бойкова, И. И. Карпеца; Всесоюзный научно-исследовательский институт проблем укрепления законности и правопорядка. М.: Юрид. лит., 1989. С. 140, и др.

[53] *Полянский Н. Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса / Под ред. Д. С. Карасева. М.: Изд-во МГУ, 1956. С. 83. См. также: Проблемы общей теории социалистического государственного управления /А. В. Оболонский, Б. П. Курашвили. М.: Наука, 1981. С. 79–80; *Келина С. Г., Кудрявцев В. Н.* Принципы советского уголовного права. М.: Наука, 1988. С. 21; *Бабаев В. К.* Принципы права // Общая теория государства и права. Н. Новгород, 1999. С. 223.

[54] *Громов Н. А., Николайченко В. В.* Принципы уголовного процесса, их понятие и система. С. 33. Рассматривая состязательность как принцип, В. П. Смирнов, исходя из своего понимания состязательности, считает, что стороны должны быть активными в отстаивании своих интересов. См.: *Смирнов В. П.* Состязательное начало по уголовным делам в суде первой инстанции: Автореф. дис… канд. юрид. наук. М., 2003. С. 13. Тем самым он также налагает реализацию принципа не только на органы государства, но и на участников процесса. Не сложно представить себе печальные последствия реализации такого понимания. Не активен, не доказал – претерпевай негативные результаты своей пассивности. Но реалии сегодняшнего дня иные. Даже в процессах, построенных на состязательном начале, у обвиняемого, соответственно у его защитника, есть при-

где преобладает общедозволительный тип правового регулирования, дающий высокий уровень свободы для усмотрения, саморегулирования личности, но не для уголовного, в рамках которого, в первую очередь, реализуется публичный интерес.

В теории права выделяют три основных функции принципов права – познавательную, информационно-ценностную и регулятивную[55]. Представляется, что для уголовного процесса, в силу его специфики как строго регламентированной деятельности органов государства, важнейшей из них является именно последняя – регулятивная. Реализация этой функции исключает произвол при осуществлении уголовно-процессуальной деятельности, вводит ее в четко обозначенные границы, гарантирует, при выполнении принципов, достижение целей уголовно-процессуальной деятельности. Другими словами, принципы – это важнейший регулятор уголовно-процессуальной деятельности.

Другой, связанный с рассмотренным, очень важный момент – вопрос о закреплении сущности принципа в норме права. В литературе имеются высказывания о том, что содержание принципа не может и не должно быть исчерпывающе определенным в источнике права[56], так как принцип является самостоятельным нормативно-регулятивным средством и формулировка «принцип закрепляется в норме» должна быть изменена на следующую «принцип закрепляется в предписании (формулировке) статей закона (т. е. в законодательстве)» [57]. Если так, то все богатство содержания принципа выявляется, в отдельных случаях, путем толкования ряда статей закона.

Дозволительно ли подобным образом вычленять содержание принципа уголовного процесса? Да, но только тогда, когда речь идет о научном исследовании, в ходе которого выявляется, осмысляется новая грань сущности уголовного процесса, формулируется требование, реализация которого позволит сделать деятельность более эффективной. Принципом познанное станет только в том случае, если законодатель, согласившись с исследователем, закрепит предлагаемое в норме права. С. С. Алексеев правильно пишет: «Те начала, которые еще не закреплены в правовых нормах, не могут быть отнесены к числу правовых принципов. Они являются лишь идеями (началами) правосознания, научными выводами, но не принципами права»[58].

Понимание этого момента является очень важным для уголовного процесса. В нем должны быть установлены жесткие границы дискреционных полномочий органов государства для обеспечения достижения ими строго обозначенных в законе целей. Здесь правовые принципы отчетливо проявляют характер императивных требований, предъявляемых к деятельности субъектов уголовного процесса и уголовно-процессуального доказывания. Ориентировать последних на применение принципов, прямо не сформулированных в законе, «означало бы сознательно вносить хаос и дезорганизацию в их деятельность» [59].

Важность нормативного закрепления принципов уголовного процесса обусловлена также сферой отношений, регламентированных нормами уголовно-процессуального права. При рас-

---

вилегии, у него есть право на участие в доказывании, а не обязанность. Следовательно, он не обязан быть активным и не несет ответственности за реализацию принципа.

[55] См.: *Алексеев С. С.* Проблемы теории права: Курс лекций: В 2 т. Т. 1. Основные вопросы общей теории социалистического права. Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1972. С. 105.

[56] *Демидов И. Ф.* Принципы советского уголовного процесса // Курс советского уголовного процесса. Общая часть / В. Б. Алексеев, Л. Б. Алексеева, В. П. Божьев и др.; под ред. А. Д. Бойкова, И. И. Карпеца; Всесоюзный научно-исследовательский институт проблем укрепления законности и правопорядка. М.: Юрид. лит., 1989. С. 136; *Савицкий М. Я.* К вопросу о системе принципов советского уголовного процесса // Советское государство и право. 1950. № 1. С. 25; *Томин В. Т.* О понятии принципа советского уголовного процесса// Труды Высшей школы МООП РСФСР. Вып. 12. М., 1965. С. 194.

[57] *Шафиров В. М.* Современное понимание права // Теория государства и права: Сб. статей. Красноярск: КрасГУ, 1999. С. 34.

[58] *Алексеев С. С.* Общая теория социалистического права. Вып. 1. Свердловск, 1963. С. 151. См. также: *Кудрявцева А. В., Лившиц Ю. Д.* О понятии принципа в уголовном процессе // Правоведение. 2001. № 4. С. 163.

[59] *Зажицкий В. И.* Правовые принципы в законодательстве РФ // Государство и право. 1996. № 11. С. 93.

следовании и рассмотрении уголовных дел предусмотрена возможность вторжения органов государства в личную жизнь граждан, причем в отдельных случаях ограничение конституционных прав может быть очень значительным. Выведение содержания принципа путем толкования норм может привести к тому, что, заботясь о своих, своеобразно понимаемых интересах, представители органов государства дадут такое толкование и будут применять его так, что от гарантий прав и законных интересов граждан не останется и следа.

Предоставление подобного права только теоретикам будет несправедливым по отношению к практикам, да и ни один ученый не застрахован от ошибки. Выявленное им может правильно отражать сущность деятельности, соответствовать законам познания и, следовательно, реализовываться в практической деятельности. В этом случае формулируемая сторона сущности позволяет глубже понять смысл деятельности, на основе понятого более правильно и эффективно ее организовать. Если понятое становится принципом для принявшего, то для всех правоприменителей предлагаемое исследователем содержание станет принципом после законодательного закрепления в норме права, а этому предшествует большая работа по апробации предложенного и обоснованию необходимости внесения его в норму права как принципа[60].

Изложенное приводит к выводу о том, что правильным является второй подход к пониманию принципов процесса. Основные моменты этого подхода: 1) принцип уголовного процесса – это требование к деятельности, 2) требование, адресованное для выполнения органам государства, 3) требование, которое должно быть зафиксировано в норме уголовно-процессуального законодательства, 4) характер этого требования должен быть непосредственно связан с целями уголовно-процессуальной деятельности, реализация его должна гарантировать их достижение.

Значимым для понимания принципа является также следующее: принцип должен регламентировать деятельность в основных стадиях процесса или центральной – стадии судебного разбирательства. Данное утверждение в науке не бесспорно. И. Б. Михайловская считает, что принцип имеет значение в любой из стадий процесса. Правда, формы его действия могут быть различными, поскольку они испытывают на себе влияние частной задачи, стоящей перед конкретной стадией, но, тем не менее, принцип, если он не носит декларативный характер, всегда будет неким ориентиром в выборе средств достижения желаемой цели[61].

Конкретизируя пределы действия принципа в конкретной стадии и объясняя их определяющее, О. В. Волколуп указывает, что они зависят от изменения состава должностных лиц, их правового статуса. Особенности процедуры стадии в большой степени зависят от совокупности принципов, действующих в ней[62]. Последняя мысль верна, но с тем, что предшествует ей, нельзя согласиться. Изменение состава должностных лиц, их правового статуса не может

---

[60] Объективная природа принципов, понятая, принятая законодателем, сформулированная им в норме права, позволила в свое время Т. Н. Добровольской сделать отчасти правильное утверждение о том, что принципы процесса «не появляются, не исчезают и не меняют своего содержания в зависимости от субъективного усмотрения и желания отдельных лиц». (См.: *Добровольская Т. Н.* Принципы советского уголовного процесса. С. 33.) Без всякого сомнения, сказанное можно распространить на принципы познания, определявшие в то время стержень уголовно-процессуального доказывания. Сложнее обстоит дело в тех случаях, когда речь идет о принципах, защищающих граждан от произвола органов государства. Многое при их формулировании, везде и во все времена, зависит от реального соотношения политических сил в государстве, от того, какие ценности в данный момент являются доминирующими. Это и определяет волю законодателя при введении того или иного положения в ранг принципов процесса. Но, оказывается, нельзя недооценивать силу субъективного усмотрения и тогда, когда речь идет о познавательных принципах. Новое время – яркое свидетельство его мощи. Законодатель в УПК РФ посчитал для себя возможным упразднить основной познавательный принцип УПК РСФСР, сформулированный в ст. 20. Речь идет о всесторонности, полноте и объективности исследования.

[61] *Михайловская И. Б.* Цели, функции и принципы российского уголовного судопроизводства. Уголовно-процессуальная форма. М.: Проспект, 2003. С. 117–118.

[62] *Волколуп О. В.* Система уголовного судопроизводства и проблемы ее совершенствования. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 10.

влиять на то, какие принципы и в каком объеме должны реализовываться в рамках стадии. В данном случае следствие выдают за причину. Причина же кроется в специфике целей, стоящих перед субъектом на определенном участке деятельности. В уголовном процессе только в двух стадиях реализуются познавательные цели – это стадия предварительного расследования и стадия судебного разбирательства. Следовательно, набор познавательных принципов, который в них реализуется, должен быть одинаковым, одинаковы должны быть и пределы их реализации. Применение иных принципов определяется особенностями организации и протекания познавательной деятельности в стадиях предварительного расследования и судебного разбирательства. Перед другими стадиями процесса не ставится цель установления обстоятельств, подлежащих доказыванию, у них предназначение иное. В их рамках, как правило, производится только оценка познанного для выяснения законности и обоснованности принятого решения. Таким образом, если решение вопроса о сфере действия принципа связывать со спецификой решаемых в рамках стадии целей, не будет оснований для утверждения, что принцип имеет значение в любой стадии процесса.

В первом параграфе была показана суть публичности – соблюдение общих интересов. Она никак не подходит под параметры принципа.

Публичность – начало уголовного процесса. Ее нельзя сводить к обязанностям органов государства по установлению события преступления, изобличению лица, совершившего преступление, и т. п. Дело обстоит иначе: эти обязанности вытекают из социально-политической сущности публичности, основа которой заключается в том, что государство, в лице своих органов, принимает на себя ответственность оградить граждан, общество от преступных проявлений, обязуется перед ними быть активным в деле обеспечения их защиты. Реагирование на каждый случай преступления признается не частным, а государственным делом по реализации общих интересов, в рамках которых находится также соблюдение при расследовании и рассмотрении уголовных дел свобод, прав и законных интересов всех участвующих в уголовном судопроизводстве.

Как публичность не принцип, так и состязательность не может рассматриваться в этом качестве. Появились работы, в которых утверждается, что состязательность в теории процесса должна занимать более высокое положение, чем принцип. Так, например, Ю. К. Якимович считает, что «в УПК РФ принцип состязательности приобретает значение главного, всеобъемлющего, находящегося над всеми другими принципами положения»[63].

Состязательность А. В. Смирнов называет моделью уголовного процесса[64]. Но более правильно было бы видеть в ней основополагающее начало, то, в чем отражается основная идея, сущность уголовного процесса. Она и закладывается в основу модели, которая его структурирует. Исходя из нее, формулируются требования к деятельности, соблюдение которых объективирует это начало. Различным началам, что состязательному, что публичному, соответствует свой набор принципов[65].

И совершенно неверно, как нам представляется, принципы процесса обозначать так же, как публичность и состязательность, – «начала». А. И. Маркин утверждает, что в системе основных начал уголовного судопроизводства следует различать начала-принципы и собственно начала, не являющиеся принципами. К последним он относит, непонятно по какой причине, кроме публичности и состязательности еще и законность[66]. Включение в понятие

---

[63] *Якимович Ю. К.* От обвинительного к инквизиционному досудебному уголовному процессу // Уголовная юстиция: состояние и пути развития. Тюмень: Издательско-полиграфический центр «Экспресс», 2003. С. 12.

[64] *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса. СПб.: Наука, 2000.

[65] Там же. С. 59. Подобным образом решает этот вопрос и Л. А. Меженина. Она считает, что публичность «является основой всех закрепленных в закона принципов…». См.: *Меженина Л. А.* Публичность российского уголовного процесса: Автореф. дис… канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 14.

[66] *Маркин А. И.* Состязательность на предварительном следствии: Автореф. дис… канд. юрид. наук. СПб., 2001. С. 9.

«начало» принципов свидетельствует о том, что в сознании предлагающего не выстроилась иерархия понятий, отражающая структурное строение изучаемого явления, которое следует рассматривать через уровневые срезы. Специфику явления на каждом уровне должно отражать определенное понятие. Начала публичности и состязательности – обозначение сущности соответствующего процесса, а ей, в свою очередь, чтобы сущность сделалась действительностью, в рамках модели, должна соответствовать определенная система принципов.

Ошибку, подобную отмеченной, допускает и С. А. Касаткина. Определяя значимость публичности в уголовном процессе, она правильно пишет, что «публичность является основополагающим началом уголовного процесса…» [67], она «объективно предопределяет границы действия принципа диспозитивности» [68], который связывается ею по содержанию с состязательностью [69]. Значит, публичность задает и границы состязательности. Но правильное понимание на этом и заканчивается, так как в других местах своей работы она рассматривает публичность только как принцип. Принципы же как элементы одной системы не могут находиться между собой в иерархической подчиненности, они безусловно, взаимосвязаны и взаимозависимы, но композиционное их расположение, определение границ задается не ими, а тем началом, которое привносится извне и отражает сущность процесса.

Сбивается с правильного понимания статуса публичности в уголовном процессе и Л. А. Меженина. Рассматривая публичность как основу всех принципов, она в то же время пишет, что публичность обладает всеми свойствами принципа [70]. Если так – то она и есть принцип. Каким же образом, будучи принципом, публичность может регулировать соотношение публичного и частного начал, охватывать производство по всем делам как форма уголовного процесса, регулировать осуществление функций уголовного судопроизводства, являться основой всех его гарантий и принципов [71], как пишет об этом автор? Указанное не под силу принципу. И рассуждения о дуализме в праве здесь не спасают положения. Дуализм в отношении понятий разного уровня – это смешение сущности и следствий ее реализации в деятельности, ее проявления [72].

Только четкое определение как статуса публичности, так и состязательности позволяет претворить в деятельности эти начала через принципы. Попытка внедрить в систему принципов требование, характерное для другого начала [73], ведет к разрушению модернизируемой формы. Взаимообогащение существующих форм возможно, оно реально происходит и должно происходить, но не на уровне принципов. Каждому началу соответствует своя познавательная схема. Именно различие познавательных схем, а не совпадения или отличия в деталях должно быть основанием для разграничения моделей.

---

[67] *Касаткина С. А.* Публичность и диспозитивность в российском уголовном процессе: Автореф. дис… канд. юрид. наук. М., 2002. С. 7.

[68] Там же.

[69] Там же. С. 11.

[70] *Меженина Л. А.* Публичность российского уголовного процесса: Автореф. дис… канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 15.

[71] Там же.

[72] Выше были проанализированы позиции авторов, часть из которых отождествляют по содержанию понятия «начало» и «модель», и других, не видящих отличий между началом и принципом, но есть авторы, рассматривающие начало и как модель, и как принцип (см., например: *Масленникова Л. Н.* Публичное и диспозитивное начала в уголовном судопроизводстве России: Автореф. дис… д-ра юрид. наук. М., 2000. С. 9). Высказанные нами выше аргументы в целом применимы для критики подобного отношения к содержанию понятия «начало».

[73] С. В. Бажанов пеняет российским парламентариям за поспешность заимствования у английских и европейских коллег чужеродных для российского процесса конструкций, институтов, категорий, понятий и правопредставлений, что осложняет обновление УПК. См.: *Бажанов С. В.* О состоянии уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации на рубеже XX–XXI веков // Фундаментальные и прикладные проблемы управления расследованием преступлений. Часть первая. М.: Академия управления МВД России, 2005. С. 24–25.

В литературе можно встретить и иное понимание соотношения публичности и состязательности. И то и другое, как считается, может уживаться в рамках одного процесса. Это возможно в силу того, что на основе публичности регламентируется одна сфера отношений, на основе состязательности – другая. Кроме этого, в анализ вводятся диспозитивность и розыск. Сферы публичности и диспозитивности «характеризуют правоотношения между государством и потерпевшим, а розыск и состязательность – между государством и обвиняемым. Таким образом, с точки зрения одной только конструкции уголовно-процессуальной деятельности публичные начала не исключают состязательности, равно как диспозитивные не противоречат розыску»[74].

Посмотрим, насколько прочной является эта конструкция. Первое, на что следует обратить внимание, – это то, что единый процесс, поскольку в каждом есть обвиняемый и, как правило, потерпевший, распадается на две части. И непонятно, что их связывает. Возможно, это различные комбинации указанных элементов. Их четыре: публичность и розыск, публичность и состязательность, диспозитивность и розыск, диспозитивность и состязательность. Причем в каждом конкретном случае процесс может существовать только на основе одной комбинации из четырех.

Публичность и розыск, как содержание одной процессуальной формы, вполне уживаются между собой. Более того, определяющей в этой связке является публичность. То же самое можно сказать о диспозитивности и состязательности. Один элемент, диспозитивность, произволен от другого – состязательности. Да и последний, впрочем, как и публичность, не может быть назван элементом. Диспозитивность и розыск – это проявление вовне данных начал, производных от них.

Сочетание же на равных в одном процессе публичности и состязательности, диспозитивности и розыска неестественно, так как ими процесс разрывается на две части: одна часть – отношения между государством и потерпевшим – регламентируются одним началом, другая – отношения с обвиняемым – иным. Единство мы находим в двух парах из четырех. И если в целом оценить предложенную конструкцию, она представляется нам нежизнеспособной даже в теоретическом плане. Единство процесса, как следует из предлагаемых нами рассуждений, может быть обусловлено только одним началом: или публичностью, или состязательностью, что не исключает, конечно, наличия элементов одного или другого в форме, подчиненной одному началу.

Возвращаясь к анализируемому материалу, следует указать на то, что, закрепляя публичность только за отношениями между государством и потерпевшим, автор отошла от того понимания публичности, которое излагает на с. 118, где указывается на обязанность органов государства не только прилагать усилия к изобличению виновных в совершении преступления, но и к охране прав и законных интересов участников процесса[75], к числу которых, безусловно, относится и обвиняемый. Значит, публичность распространяется не только на сферу взаимодействия государства и потерпевшего, но охватывает и отношения с обвиняемым и другими участниками процесса.

Как вывод из данного параграфа следует, что публичность – не принцип. Принцип-требование предъявляется к деятельности, а не к основе ее организации. Законодатель на основе объективного начала должен определять, по какой модели будет построена деятельность (модель формируется историей и идеологией и многими другими факторами), и в зависимости от этого формулируются принципы.

---

[74] *Шестакова С. Д.* Состязательность уголовного процесса. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. С. 122.

[75] Там же.

Глава 2. Публичность и состязательность в теории и законодательной практике

§ 1. Публичность и состязательность в теории уголовного процесса

В конце XX века Россия оказалась в полосе кардинальных политических, экономических и социальных перемен. Отказ от прежней идеологии и средств ее реализации побудил искать другие средства, приемлемые для новой системы политических и экономических отношений. Для того чтобы добиться их закрепления и создать условия для позитивного развития, прибегли к уже однажды испытанному в России в начале XX века и доказавшему свою эффективность способу – замене системы старых юридических понятий на новые[76]. Такая замена быстро произошла в отраслях материального права, в относительной неприкосновенности дольше всего оставались процессуальные отрасли, хотя (и все это понимали) изменения и здесь были неизбежны, а после принятия Конституции Российской Федерации можно было предположить, в каком направлении будет осуществляться реформирование уголовно-процессуального законодательства.

В части третьей ст. 123 Конституции России записано, что «судопроизводство осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон». Сторонники построения уголовного процесса на основе состязательности были и в советский период развития уголовно-процессуальной науки, но их понимание уголовного процесса не находило отражения в законе. Уголовно-процессуальный кодекс 1960 г. не знал понятия «стороны» и не содержал в своих статьях формулировки принципа состязательности. В ст. 3 УПК раскрывались обязанности органов государства по возбуждению уголовного дела и раскрытию преступления. В литературе содержание этой статьи обозначалось как принцип публичности или официальности уголовного процесса[77].

С момента принятия Конституции до принятия нового УПК прошло достаточно много времени, в течение которого в общественном мнении было сформировано позитивное восприятие состязательности, и оно нашло адекватную реакцию со стороны законодателя в новом УПК РФ, где в главе 2, говорящей о принципах уголовного судопроизводства, помещена статья 15, формулирующая принцип состязательности сторон. На состязательность в обществе возложены большие упования, связанные с тем, что последовательная реализация этого принципа сделает уголовный процесс России гуманным и демократичным, будет служить серьезной гарантией достижения истины.

Общественное мнение способно оказывать и оказывает мощное воздействие на сознание исследователей, занимающихся проблемами уголовного процесса. В настоящее время большинство из них признают существование принципа состязательности, хотя в отдельных случаях, признавая состязательность, излагают свою позицию так, что приводимые аргументы заставляют сомневаться в необходимости признания за состязательностью статуса принципа.

---

[76] Это естественное следствие любой революции, когда «старая система понятий полностью или частично заменяется несовместимой с ней новой системой понятий». Приведенным высказыванием характеризуется научная революция, но так как сущность революции одна, независимо от того, где она происходит, – коренной слом старого содержания и замена его на новое, требующее и новой формы, мы посчитали уместным привести его здесь. Высказывание взято из: *Эззат А. Фаттах.* От ориентира вины к ориентиру последствия. Новая система понятий уголовного права XXI века // Основные принципы современного уголовного права (четвертая часть). Лейден, 1997. С. 10.

[77] Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР / Под ред. А. М. Рекункова, А. К. Орлова. М.: Юрид. лит., 1985. С. 9.

Так, например, А. Д. Бойков оценивает состязательность как емкий принцип судопроизводства и здесь же предупреждает от переоценки значения состязательности, указывая на то, что спор может и похоронить истину[78]. Получается, что состязательность – «инструмент судебного познания, обеспечивающий далеко не однозначный результат»[79]. Далее автор указывает на то, что «закон определяет и направление этой деятельности – **объективное и всестороннее исследование обстоятельств дела в границах обвинения и предмета доказывания»** [80] *(выделено А. Д. Бойковым).*

Приведенные рассуждения автора (здесь мы не будем давать их содержательный анализ) свидетельствуют, по всей видимости, о том, что он не склонен рассматривать состязательность как принцип уголовного процесса. Если бы было иначе, то не было бы утверждения, что состязательность обеспечивает «далеко не однозначный результат», ведь положение значимо в процессе как принцип именно в силу того, что его реализация гарантирует достижение поставленных перед уголовно-процессуальной деятельностью целей.

Подтверждает этот вывод и последнее из приведенных высказываний. Им А. Д. Бойков выводит состязательность из системы принципов уголовного процесса. Не может считаться принципом положение, которое обслуживает реализацию другого принципа, а то, что всесторонность, полнота и объективность исследования обстоятельств уголовного дела – не цель, а принцип, вряд ли у кого до последнего времени вызывало сомнения.

Сейчас не представляется возможным указать фамилию того ученого, который впервые попытался примерить состязательность на российский уголовный процесс, но то, что это произошло не вчера, можно утверждать совершенно точно. Свою задачу мы видим не в отыскании автора, а в определении того, какое содержание вкладывалось и вкладывается в состязательность.

Упоминания о состязательности встречаются в процессуальной литературе XIX – начала XX века. При чтении трудов И. Я. Фойницкого складывается впечатление, что основные его усилия при рассмотрении вопроса о состязательности были направлены на выделение особенностей российской состязательности по сравнению с англо-американской. Так, он подчеркивает активность российского суда, его обязанность «употребить все находящиеся в его распоряжении средства для полного разъяснения себе дела»[81]. Прокурор для него не просто обвинитель, он согласен с кассационным решением № 68 в том, что прокуроры «являются на суд не исключительно для предъявления требования о приложимости к виновному наказания, а для содействия суду к достижению по делу истины раскрытием совершения преступления, изобличением виновных или же обнаружением невиновности обвиняемых»[82]. И в итоге – место состязательности находится в судебных прениях. «По французской системе (а российское законодательство в то время следовало ей. – *А. Б.)* судебное следствие отделено от прений потому, что по этой системе состязательному началу отводится меньше места, чем в Англии, судебное следствие ведется не сторонами, а судом, главным образом председателем, причем стороны только принимают в нем участие»[83].

---

[78] *Бойков А. Д.* Третья власть в России. Очерки о правосудии, законности и судебной реформе 1990–1996 гг. М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка, 1997. С. 65.

[79] Там же. С. *66.*

[80] Там же.

[81] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. 3-е изд., пересмотр, и доп. СПб.: Сенатская типография, 1902. С. 65.

[82] Кассационные решения. 1877 г. № 68 по делу Белокопытова // *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства… С. 77.

[83] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1897. С. 78.

Говоря о состязательности, активность российского суда подчеркивали и другие авторы[84], они готовы были допускать состязательность в процесс в той мере, в какой она не противоречит публичности процесса[85]. Исходя из этого, С. И. Викторский видит место состязательности в судебных прениях, «ибо лучший путь к открытию уголовно-судебной истины – это путь борьбы перед судом представителей обвинительных и защитительных доводов»[86]. Но в его рассуждениях появляется новая нота, смысл состязательности для него в «равноправности сторон по представлению ими доводов за или против обвиняемого…»[87].

Из сказанного можно сделать вывод о том, что часть русских дореволюционных юристов рассматривала состязательность как способ организации деятельности в рамках судебных прений, участники которых наделялись равными правами для представления обвинительных и защитительных доводов, в целом же процесс рассматривался как публичный.

Но в те же годы разрабатывалось иное понимание сущности состязательности. В основе его было представление о том, что возникновение и развитие процессуального производства, как по гражданским, так и по уголовным делам, обусловлено наличием материально-правового спора между сторонами или материально-правового притязания одной стороны к другой. Суд же, как в первом, так и во втором случае, призван разрешить материально-правовой спор или притязание[88]. При этом суд пассивен, инициативными сторонами являются заинтересованные лица. Вот как об этом писал В. М. Гессен: «Судебная власть пассивна, где нет спора- нет суда. Судья не является господином ни своей деятельности, ни своего покоя. Инициатива судебного действия – в руках заинтересованной стороны, т. е. истца в гражданском процессе, публичного обвинителя в уголовном процессе. Судью спрашивают – судья отвечает»[89].

Именно это направление оказалось одним из основных в советский период развития науки уголовного процесса, что представляется более чем странным для тех, кто знаком с историей того времени. В эпоху диктатуры пролетариата, перманентной борьбы с классовыми врагами, когда уголовный процесс использовался в качестве одного из мощных средств в этой борьбе, подобное представление о сущности уголовно-процессуальной деятельности шло, на первый взгляд, в разрез с официальностью уголовного судопроизводства. Возможно, авторы, разрабатывающие такое понимание состязательности, в скрытой форме выражали свой протест против тоталитаризма и существующей «правовой» практики[90]. Если так – честь им и хвала, хотя возникают серьезные сомнения, что это было именно так, ведь нельзя к числу противников существовавшего режима отнести одного из видных его идеологов А. Я. Вышинского, который в своих теоретических работах не обошел вниманием «советский принцип состязательности». Он писал о нем, что «это состязательность плюс активное участие в судебном процессе самого суда на основе социалистического демократизма»[91].

Приведенное позволяет высказать другое предположение. Теоретические работы о состязательности были призваны украшать фасад несуществующего здания «социалистической

---

[84] *Викторский С. И.* Русский уголовный процесс: Учеб. пособие. М.: Юрид. бюро «Городец», 1997. С. 71–72.

[85] Там же. С. 15.

[86] Там же. С. 208.

[87] Там же. С. 17.

[88] См.: *Люблинский П. И.* Суд и права личности // Судебная реформа. 1915. Т. 2. С. 2 и ел.; *Михайловский И. В.* Основные принципы организации уголовного суда. Томск: Паровая типо-литография П. И. Макушина, 1905. С. 89; *Его же.* Судебное право как самостоятельная юридическая наука // Право. 1908. № 32. С. 142.

[89] *Гессен В. М.* О судебной власти // Судебная реформа / Под ред. Н. В. Давыдова и Н. Н. Полянского. Т. 1. М.: Книгоиздательство «Объединение». 1915. Т. 1. С. 3–4.

[90] Отмечая большой вклад М. С. Строговича в разработку состязательности в 30–50-х годах XX-го столетия, И. Л. Петрухин отмечал мужество ученого, который в те непростые годы «нашел эффективный способ сопротивления режиму: писал не о том, как есть, но о том, как должно быть» *(Петрухин И. Л.* Состязательность и правосудие // Государство и право. 1994. № 10. С. 128).

[91] *Вышинский А. Я.* Теория судебных доказательств в советском праве. М.: Госюриздат, 1950. С. 249.

демократии», служили одним из элементов идеологической обработки сознания. Но времена меняются, и сейчас можно без определенной идеологической ангажированности объективно исследовать любой правовой феномен.

В рамках обозначенной концепции схема искового производства гражданского процесса, основывающегося на состязательности, переносится на уголовный процесс, что позволило в последующем разрабатывать единую теорию судебного права, узловым пунктом которой является уголовный иск. Одним из первых разработчиков и последовательных сторонников этой теории в советский период был Н. Н. Полянский[92]. В наиболее завершенном виде единая теория судебного права изложена в коллективной монографии «Проблемы судебного права»[93]. Основываясь на материале этой монографии, мы постараемся показать, какое содержание в состязательность вкладывалось в недалекое от нас время.

Итак, схема построения состязательного процесса предполагает наличие спора между сторонами, для разрешения которого они обращаются к независимому арбитру, эта модель базируется на четком распределении противоположных по своему содержанию функций, в рамках рассматриваемой концепции предполагается активность суда в уголовном процессе, что отличает, определенным образом, состязательность в уголовном процессе от состязательности в гражданском, но не является определяющим различием[94]. Состязательность невозможна без равенства прав сторон. Равенство процессуальных средств – один из важных признаков, входящих в понятие стороны[95]. Причем равенство сторон входит в само понятие состязания, и нет смысла «говорить о процессуальном равенстве сторон как о самостоятельном принципе наряду с принципом состязательности»[96].

Совершенно иная ситуация складывается тогда, когда речь идет об обязанностях, здесь нет равенства, и в этом одно из существенных отличий между гражданским и уголовным процессами: «…в последнем обязанность доказывания обвинения целиком лежит на обвинителе…»[97], обвиняемый не обязан ничего доказывать[98]. С наличием обязанности доказывания связывается представление о движущей силе уголовного процесса[99]. Предъявив в суд уголовный иск, прокурор обязан его доказать, только по требованию обвинителя суд приступает к рассмотрению уголовного дела, при отказе от иска нет смысла продолжать судебное разбирательство.

Этот момент, в рамках рассматриваемой концепции, имеет важное значение, он является ее «краеугольным камнем». Если, как это понимают сами авторы, обвинение – не двигатель процесса, то исчезает почва для сравнения обвинения и иска[100], а следовательно, и для утверждения о том, что состязательность в равной мере присуща как гражданскому, так и уголовному процессу.

---

[92] *Полянский Н. Н.* Очерки общей теории уголовного процесса. М., 1927.

[93] *Полянский Н. Н., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мельников А. А.* Проблемы судебного права. М.: Наука, 1983.

[94] Там же. С. 43.

[95] Там же.

[96] Там же. С. 166.

[97] Там же. С. 49.

[98] В отношении указанного понимания бремени доказывания авторы не последовательны. Так, на с. 165, говоря об общих, в силу принципа состязательности, полномочиях сторон в гражданском и уголовном процессах, в качестве одного из них выделяют то, что стороны «доказывают те обстоятельства, на которые они ссылаются в своих требованиях или возражениях». Если, говоря о других общих полномочиях, авторы ссылаются на статьи ГПК и УПК, то в указанном случае делается ссылка только на ст. 50 ГПК РСФСР, что само по себе уже позволяет усомниться в том, что это полномочие является общим для гражданского и уголовного процессов.

[99] См. также: *Даев В. Г.* Процессуальные функции и принцип состязательности в уголовном судопроизводстве // Правоведение. 1974. № 1. С. 71.

[100] *Полянский Н. И., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мельников А. А.* Указ. соч. С. 75.

Всегда, когда говорят о принципах, важно определить сферу реализации принципа и конкретный механизм реализации. По мнению авторов рассматриваемой концепции, состязательность – это спор, спор о праве между государственным обвинителем и подсудимым или его защитником[101]. Это же понимание дано в Большом юридическом словаре: «Состязательность – демократический принцип судопроизводства, согласно которому разбирательство дела происходит в форме спора сторон в судебном заседании»[102]. Когда определяется место этого спора, указывается, что он «ведется не только в судебных прениях, но и на протяжении всего судебного разбирательства – и в его подготовительной части, и на судебном следствии (хотя здесь он внешне не так заметен)», потому что «в суде процессуальные функции обвинения и защиты четко распределены между сторонами, а исследование доказательств осуществляется на основе принципа состязательности»[103]. Что такое спор – представить нетрудно, гораздо труднее понять, каким образом в рамках судебного следствия (пусть здесь спор внешне не так заметен) происходит исследование доказательств.

Именно в силу того, что спор в рамках судебного следствия «не так заметен», авторам следовало уделить этому моменту повышенное внимание и показать, каким же образом спор и исследование сочетаются между собой, но, к сожалению, этого не было сделано, а значит, принять утверждение о том, что и в судебном следствии реализуется состязательность, можно только на веру.

Картина взглядов и представлений о состязательности в советское время была бы неполной, если хотя бы кратко не привести главные возражения противников состязательности в уголовном процессе. Одно из них – несоответствие конструкции уголовного иска публичности процесса. Разными авторами в разное время подчеркивалось, что обвинение – это публично-правовая деятельность[104]. Такое понимание сущности уголовного процесса связывалось с характером уголовно-правовых отношений и их отличием от гражданско-правовых. У М. Л. Якуба находим следующее высказывание: «Иск является специфическим институтом гражданского процесса, он органически связан с характером гражданско-правовых отношений, и в нем находит едва ли не самое яркое выражение отличие гражданского процесса от уголовного… Другой характер имеет обвинение… Обвинение направлено на изобличение и справедливое наказание виновного, но не на защиту каких-либо субъективных прав лица»[105].

Выше отмечалось, что «краеугольным камнем» концепции состязательности является представление об обвинении как о движущей силе процесса. Этот момент не был обойден вниманием оппонентов. Р. Д. Рахунов в качестве фактора развития процесса рассматривает

---

[101] Там же. С. 164.

[102] Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. М.: ИНФРА-М, 2000. С. 646.

[103] *Полянский Н. Н., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мелышков А. А.* Указ. соч. С. 164.

[104] См.: *Чельцов М. А.* Состязательная форма в советском уголовном процессе // Вестник советской юстиции. 1928. № 11–12; *Он же.* Система основных принципов советского уголовного процесса// Ученые записки ВИЮН. 1946. Вып. 4. С. 134, 144–145; *Рахунов Р. Д.* Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. М.: Госюриздат, 1961. С. 53; *Фаткуллин Ф. Н.* Обвинение и изменение его в суде. Казань, 1963. С. 11.

[105] *Якуб М. Л.* Демократические основы советского уголовно-процессуального права. М.: Изд-во МГУ, 1960. С. 153–154. В отличие от других, указанный автор не был последователен в своем отношении к состязательности. С одной стороны, он не принимал позицию Н. Н. Полянского, М. С. Строговича и прочих, с другой – не мог отказаться от состязательности, видя начало ее «не в разделении полномочий между судом, обвинением и защитой по распоряжению предметом дела и не в пассивном положении суда, а в построении процессуального порядка исследования обстоятельств дела в судебном заседании и в организации процессуальных отношений, связанных с этим исследованием, в частности в правовом положении обвинителя, обвиняемого и его защитника, при котором обеспечивается активная роль как обвинения и защиты, так и суда. Об этом он пишет в указанном выше сочинении на с. 158. Центром высказывания является то, что состязательное начало лежит в основе построения процессуального порядка исследования обстоятельств дела в судебном заседании. В таком качестве состязательность рассматривают и ее поклонники, но ни они, ни М. Л. Якуб не показывают, как реально состязательность реализуется в ходе судебного исследования.

стремление установить истину[106]. Я. О. Мотовиловкер в качестве двигателя процесса видит «не обвинение, а вопрос об уголовной ответственности лица за вменяемое ему деяние[107].

Подобные представления о движущей силе, с определенными поправками и оговорками, перспективны, но, к сожалению, перспектива не была увидена и это направление оказалось не разработано. Вместо того чтобы принять прокурора как исследователя, который не может прийти в суд с готовой установкой, в нем видели обвинителя, смягчая его обвинительную позицию тем, что кроме функции обвинения он выполняет в суде и функцию надзора[108].

В постперестроечное время, как уже было отмечено, состязательность утвердилась не только в умах исследователей, но и на законодательном уровне. Основа конструкции состязательности осталась прежней, но появилось иное отношение к одному из элементов – к активности суда. Если в прежние времена она рассматривалась в качестве одного из существенных признаков советской состязательности, то сейчас некоторые авторы считают необходимым лишить суд дискреционных полномочий, «резко ограничить в деятельности суда начало публичности, не совместимое с состязательной формой построения процесса…»[109], так как «активность суда и активность сторон при исследовании доказательств – это взаимно исключающие друг друга правовые явления»[110]. Объяснение подобного исключения отдельные авторы видят в том, что «активность суда препятствует полному отграничению функции обвинения от функции разрешения дела… позволяет ему сосредоточить в своих руках как минимум две самостоятельные функции – функции обвинения и разрешения дела…»[111]. Такое отношение к активности суда наиболее ярко проявилось в проекте УПК, разработанном и предложенным Министерством юстиции РФ. В нем суд освобождался от обязанности всесторонне и полно исследовать обстоятельства дела, ему предоставлялось право получения доказательств лишь по ходатайству сторон (ст. 76 Проекта)[112].

Следовательно, в рамках этого подхода суду нужно сосредоточить свои усилия на контроле за соблюдением процедуры доказывания, в рамках которой стороны будут иметь равные права по отстаиванию перед ним своих притязаний. Только так суд может стать подлинным органом правосудия, а не учреждением с несвойственными ему функциями обвинения и защиты[113]

---

[106] *Рахунов Р. Д.* Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. М.: Госюриздат, 1961. С. 52.

[107] *Мотовиловкер Я. О.* Предмет советского уголовного процесса: Учеб. пособие. Ярославль: Яросл. ун-т, 1974. С. 19; *Он же.* О принципах объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса: Учеб. пособие. Ярославль: Яросл. ун-т, 1978. С. 64, 77.

[108] См.: *Якуб М. Л.* Демократические основы советского уголовно-процессуального права. С. 164.

[109] *Петрухин И. Л.* Состязательность и правосудие // Государство и право. 1994. № 10. С. 131.

[110] *Смирнов В. П.* Противоборство сторон как сущность принципа состязательности уголовного судопроизводства// Государство и право. 1998. № 3. С. 60.

[111] *Шестакова С. Д.* Состязательность уголовного процесса. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2001. С. 47. Говоря о сосредоточении в подобных случаях в руках суда функций обвинения и разрешения, почему-то забывают о том, что он с таким же успехом может сосредоточить в своих руках наряду с разрешением и функцию защиты.

[112] УПК РФ. Общие положения. Проект// Российская юстиция. 1994. № 11. С. 12.

[113] *Пашин С. А.* Проблемы доказательственного права// Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования. Дискуссии. М., 1995.С. 312.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, купив полную легальную версию на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.