

**ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА  
УГОЛОВНОГО ПРАВА И  
УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА**

**А. И. Макаркин**

**СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТЬ  
НА ПРЕДВАРИТЕЛЬНОМ  
СЛЕДСТВИИ**

**ЮРИДИЧЕСКИЙ  
ЦЕНТР**

Теория и практика уголовного права и уголовного процесса

Андрей Макаркин

**Состязательность на  
предварительном следствии**

«Юридический центр»

2004

УДК 343.1  
ББК 67.411

**Макаркин А. И.**

Состязательность на предварительном следствии /  
А. И. Макаркин — «Юридический центр», 2004 — (Теория и  
практика уголовного права и уголовного процесса)

ISBN 5-94201-286-5

В работе анализируется действие состязательных начал в уголовном судопроизводстве России и, в частности, на предварительном расследовании, обосновывается принципиальная возможность построения предварительного следствия на началах состязательности. С позиции теории типов (форм) процесса рассматриваются некоторые теоретические и практические проблемы досудебного производства по уголовным делам. Для студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов, а также работников правоохранительных органов.

УДК 343.1

ББК 67.411

ISBN 5-94201-286-5

© Макаркин А. И., 2004  
© Юридический центр, 2004

# Содержание

Введение	6
Глава I	8
§ 1. Место состязательной модели в теории уголовного процесса	8
§ 2. Система основных начал уголовного судопроизводства публично-состязательного типа и разделение уголовно-процессуальных функций как базовый принцип состязательной модели судопроизводства	15
§ 3. Официальность, диспозитивность и целесообразность публично-состязательного уголовного судопроизводства	25
Конец ознакомительного фрагмента.	27

**Андрей Макаркин**  
**Состязательность на**  
**предварительном следствии**

*Посвящаю всем, кто помогал мне и направлял...  
моим родителям, учителям и коллегам*

## Введение

В любой национальной системе уголовного судопроизводства в ходе реформы предварительное производство по уголовным делам является главным предметом преобразований. Именно оно выступает носителем наиболее характерных особенностей национальной системы уголовной юстиции и испытывает влияние политического режима государства. Предварительное следствие, представляющее собой основную форму установления фактической стороны дела до судебного разбирательства, как, возможно, никакая другая часть уголовного процесса России, нуждается в кардинальном реформировании.

При обсуждении реформы отечественного уголовного судопроизводства высказано множество различных точек зрения на перспективу развития предварительного следствия. В частности, предлагается оставить предварительное следствие в настоящем виде, либо объединить все следственные подразделения различных правоохранительных органов в отдельное ведомство, либо передать следственный аппарат под начало судебного ведомства, или предоставить стороне защиты право самостоятельного производства следственных действий и получения таким образом судебных доказательств. Между тем ни один из предлагаемых вариантов построения предварительного следствия в целом не отвечает одной из главных идей судебной реформы – идее состязательного процесса.

Конституция РФ ориентирует на построение состязательной системы судопроизводства, что органически предполагает необходимость реализации состязательных начал и в предварительном следствии. Аналогичную точку зрения отстаивали также авторы Концепции судебной реформы в Российской Федерации. Тем не менее УПК России, вступивший в силу с 1 июля 2002 г., с точки зрения состязательности не изменил наш уголовный процесс, повторив, по существу, УПК РСФСР 1960 г. лишь за некоторыми изъятиями.

Перед отечественным законодателем сегодня стоят в целом те же проблемы, что и волновали российское общество в ходе судебной реформы 1864 г. Главная из них – низкая эффективность уголовного судопроизводства как в сфере контроля преступности, так и в аспекте защиты прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства. Справедливости ради стоит заметить, что в этом поиске мы не одиноки. К примеру, ряд европейских государств (Италия, Франция, Германия, Финляндия и др.) в последние годы, несмотря на очевидные трудности, упорно пытаются реформировать свою уголовную юстицию. Их опыт указывает на то, что каждая отдельная система судопроизводства уникальна, и единого рецепта ее реформирования нет. Именно поэтому подход к совершенствованию уголовного судопроизводства должен быть предельно взвешен. Необходимо тщательно проанализировать особенности национальной системы, цели реформы, а также общемировой и национальный векторы развития судопроизводства.

Вместе с тем определенная общность проблем уголовной юстиции в разных странах обуславливает и общность форм их решения. Состязательность, по мнению многих российских и зарубежных процессуалистов, играет роль того ориентира, который следует иметь в виду в ходе реформирования уголовного судопроизводства. Она является предпочтительным способом организации уголовноправового спора в демократической среде (гражданском обществе и правовом государстве). Только состязательность может обеспечить должный уровень защиты прав участников процесса и справедливость судопроизводства.

Проблемы предварительного следствия и состязательности в уголовно-процессуальной науке России исследовались в разное время многими авторами. Более того, в настоящее время уже имеется работа, рассматривающая проблемы реализации состязательных начал именно на

предварительном следствии<sup>1</sup>. Однако на момент ее написания (1994 г.) в отечественной уголовно-процессуальной науке не были в достаточной мере разработаны в соответствии с современными потребностями категории состязательности, диспозитивности, публичности, целесообразности, практически не была исследована проблема судебного контроля в досудебном производстве по уголовным делам, проблема истины рассматривалась только с позиций марксистско-ленинской философии. К настоящему времени указанные вопросы уже получили освещение (прежде всего, в работах А. С. Александрова, К. Б. Калиновского, А. В. Смирнова, С. Д. Шестаковой)<sup>2</sup>, что и позволило автору провести комплексное исследование возможности построения предварительного следствия в состязательной форме на современном теоретическом уровне.

Главная цель настоящей работы – исследование и обоснование принципиальной возможности построения предварительного следствия на началах состязательности. С вершин теории уголовнопроцессуальных функций нами были рассмотрены основные проблемы предварительного следствия в России и предложена модель его построения в соответствии с концепцией публично-состязательного процесса. При этом выбор самой темы исследования отнюдь не является случайным. К нему автора подтолкнуло основанное на личном опыте следственной работы давнее убеждение о том, что большинство проблем предварительного следствия в современном российском уголовном процессе обусловлено преобладанием в нем рудиментов розыскного порядка судопроизводства. Преодолению их, как представляется, должна способствовать реализация в уголовном судопроизводстве начал состязательности. Эта идея стала лейтмотивом кандидатской диссертации автора<sup>3</sup>, основные положения которой получили дальнейшее развитие в настоящей книге.

---

<sup>1</sup> *Машовец А. О.* Принцип состязательности и его реализация в предварительном следствии: Дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1994.

<sup>2</sup> *Александров А. С.* Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1995; *Калиновский К. Б.* Законность и типы уголовного процесса: Дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 1999; *Смирнов А. В.*: 1) Модели уголовного процесса. СПб., 2000; 2) Состязательный процесс. СПб., 2001; 3) Типология уголовного судопроизводства: Дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2001; *Шестакова С. Д.*: 1) Проблемы состязательности в российском уголовном процессе: Дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 1998; 2) Состязательность уголовного процесса. СПб., 2001.

<sup>3</sup> *Макаркин А. И.* Состязательность на предварительном следствии: Дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2001.

# Глава I

## Состязательность в современном уголовном судопроизводстве

### § 1. Место состязательной модели в теории уголовного процесса

Почему же основой для настоящего исследования послужила идея состязательного процесса? В первую очередь такого подхода требует от нас Конституция Российской Федерации, ст. 123 которой гласит: «Судопроизводство осуществляется на основе состязательности...» Это требование подкрепляется и иными ее положениями (ст. 23–25, 45–52, 118–124). Кроме того, требования о необходимости развития демократических начал в уголовном судопроизводстве, совпадающих по содержанию с идеей состязательности, содержатся и в целом ряде международных документов, а именно: во Всеобщей декларации прав человека; в Декларации основных принципов правосудия для жертв преступления и злоупотребления властью; Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод; Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих человеческое достоинство видов обращения и наказания; Международном пакте о гражданских и политических правах; Основных принципах независимости судебных органов; Своде принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме; Стандартных минимальных правилах Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила); Хартии Европейского Союза об основных правах и др.<sup>4</sup>

В науке уголовного процесса состязательность рассматривается, как правило, с двух точек зрения: как принцип процесса<sup>5</sup> и как его модель (тип, форма)<sup>6</sup>. Кстати, именно в качестве принципа понимается российским законодателем состязательность, что нашло свое отражение

---

<sup>4</sup> Всеобщая декларация прав человека // Международные акты о правах человека: Сборник документов. М., 2000. Ст. 8–12. С. 40–41; Декларация основных принципов правосудия для жертв преступления и злоупотребления властью // Международные акты о правах человека. С. 165–167; Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод // Международные акты о правах человека. С. 539–570; Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих человеческое достоинство видов обращения и наказания // Международные акты о правах человека. С. 226–237; Международный пакт о гражданских и политических правах // Международные пакты о правах человека: Сборник документов. СПб., 1993. Ст. 14. С. 17–20; Основные принципы независимости судебных органов // Международные акты о правах человека. С. 168–170; Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме // Международные акты о правах человека. С. 208–216; Стандартные минимальные правила Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила) // Международные акты о правах человека. С. 217–225; Хартия Европейского Союза об основных правах: Комментарий / Под ред. С. Ю. Кашкина. М., 2001. Гл. VI. С. 130–138.

<sup>5</sup> Долгушин А. В. Развитие процессуальных условий реализации принципа состязательности: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1995; Машовец А. О. Принцип состязательности и его реализация в предварительном следствии: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1994; Мотовиловкер Я. О. О принципах объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса. Ярославль, 1978. С. 62–79; Тыричев И. В. Принципы советского уголовного процесса. М., 1983. С. 45.

<sup>6</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. СПб., 2000. С. 3–25; Шестакова С. Д. Проблемы состязательности в российском уголовном процессе: Дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 1998. С. 46–58; Шилев В. Н. Содержание и формы уголовного судопроизводства. Минск, 1974. С. 110. – Далее в настоящей работе за основу будет принята система типологий, разработанная А. В. Смирновым. Здесь подразумевается, что термин «форма» – это средство обозначения конкретных реальных явлений, «тип» – средство обобщения по каким-либо свойствам, который может проявляться в различных разновидностях, а «модель» своим содержанием охватывает каждый из них.

в ст. 15 УПК РФ («Состязательность сторон»)<sup>7</sup>. Взгляд на состязательность как на модель процесса представляется наиболее обоснованным. Здесь предполагается, что модель уголовного процесса – это способ организации уголовно-процессуальной деятельности, а принцип уголовного процесса – общее правило, являющееся основой всей уголовно-процессуальной деятельности и подчиняющее себе все остальные правила. К тому же исторически форма процесса возникла раньше, чем были сформулированы какие бы то ни было принципы процесса<sup>8</sup>. Кроме того, в пользу состязательности как модели процесса выдвигается следующий аргумент. Так называемый принцип состязательности не содержит признаков принципа процесса и сам является источником процессуальных принципов.

Таким образом, уголовно-процессуальные принципы – это проявления типа уголовного судопроизводства, с учетом которого складывается система его принципов, т. е. тип выступает источником принципов<sup>9</sup>. А значит, состязательность является не отдельным принципом, а типом (моделью) процесса<sup>10</sup>. Под типом же судопроизводства необходимо понимать *организацию уголовнопроцессуальной деятельности, предопределяющую источник движения производства по уголовному делу и основы процессуального положения его участников*<sup>11</sup>.

Отметим, что в науке гражданского процесса предпринимались аналогичные попытки рассмотреть состязательность не как принцип судопроизводства, а как способ организации правозащитного механизма, что, по существу, идентично категории типа судопроизводства<sup>12</sup>.

В литературе признаки состязательной модели уголовного судопроизводства исследованы достаточно подробно<sup>13</sup>. Вывод о *наличии равноправных сторон и независимости суда* как главных признаков состязательности позволяет определить ее как *тип процесса, в котором спор равных сторон разрешается независимым судом*<sup>14</sup>. Следует отметить, что такое определение вполне может быть применено по отношению к процедуре разрешения любого спора, в том числе гражданско-процессуального и арбитражно-процессуального. Это значит, что наличие равноправных сторон и независимый суд являются родовыми признаками состязательности. Их реализация в уголовно-процессуальной процедуре позволяет сделать вывод о соответствии ее общеправовым представлениям о состязательности. Таким образом, речь идет об организации уголовно-процессуальной деятельности, при которой источником движения дела является спор равноправных сторон перед независимым судом.

Центральным вопросом любого порядка судопроизводства является проблема метода правового регулирования. Это связано с проблемой «хозяина процесса» – того, кто вправе

<sup>7</sup> Далее по тексту – УПК.

<sup>8</sup> Ковалевский М. М.: 1) Современный обычай и древний закон. Обычное право осетин в историко-сравнительном освещении. М., 1886. Т. 2. С. 221; 2) Закон и обычай на Кавказе. М., 1890. Т. 1. С. 65; Чельцов-Бебутов М. А. Курс уголовно-процессуального права. СПб., 1995. С. 51, 77, 93, 149 и др.

<sup>9</sup> Даев В. Г. Процессуальные функции и принцип состязательности в советском уголовном процессе // Правоведение. 1974. № 1. С. 71; Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 53.

<sup>10</sup> Александров А. С. Указ. соч. С. 7, 15; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 7.

<sup>11</sup> Вандышев В. В., Дербенев А. П., Смирнов А. В. Уголовный процесс: Учебнометодическое пособие. Ч. 1. СПб., 1996. С. 15–23.

<sup>12</sup> См., напр.: Шишкин С. А. Состязательность в судебном механизме защиты гражданских прав: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 5, 7, 9.

<sup>13</sup> Долгушин А. В. Указ. соч. С. 12; Машивец А. О. Указ. соч. С. 5; Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса: Дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 1998. С. 67; Мецераков Ю. В. Формы уголовного судопроизводства: Учебное пособие. Л., 1990. С. 20–21; Полянский Н. Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. М., 1956. С. 103; Смирнов В. П. К вопросу о сущности принципа состязательности в уголовном судопроизводстве // Современные проблемы противодействия преступности в России. Челябинск, 1995. С. 160–163; Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968. С. 149; Тыричев И. В. Указ. соч. С. 46–48; Шпилев В. Н. Указ. соч. С. 110; Элькин П. С. Цели и средства их достижения в советском уголовнопроцессуальном праве. С. 53.

<sup>14</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 18–19. – До этого независимость суда и наличие равноправных сторон были рассмотрены в качестве принципов состязательного процесса (см.: Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса. С. 68–69).

принимать решения по наиболее значимым юридическим вопросам. В состязательном процессе указанный метод носит название *арбитражного* (или *состязательного*)<sup>15</sup>. Это значит, что участники процесса при решении ключевых (юрисдикционных) вопросов прибегают к помощи нейтрального арбитра (суда) и даже, более того, не могут избежать его участия в этом. Данный метод в полной мере обеспечивает проявление в уголовном процессе указанных признаков состязательности: стороны ставятся в равное положение, а независимый суд, оценивая их спор, принимает решения по делу.

Состязательному типу противопоставляется розыскной уголовный процесс как носитель совершенно противоположных начал. В уголовно-процессуальной литературе такие типы принято называть *идеальными* ввиду полярности и предельной абстрактности их содержания<sup>16</sup>. В теории гражданского процесса категории идеальных моделей процесса используются там, где состязательному процессу противопоставляется так называемый следственный<sup>17</sup>.

Идеальная типология, дополненная сравнительно-правовым и историческим методами, дает нам картину изменения идеальных типов (точнее, представлений об идеальных типах) в ходе исторического процесса. Как состязательный, так и розыскной идеальные типы уголовного судопроизводства подразделяются на виды. В уголовно-процессуальной теории выделяют следующие разновидности состязательного судопроизводства: обвинительный (аккумуляционный), исковые (или акционерные): частно-исковой и публично-исковой) и публично-состязательный процессы. Кратко их охарактеризуем.

В *обвинительном* процессе целью обеих сторон (обвинителя и обвиняемого (ответчика)) является победа в споре, которая фиксируется решением судебного органа. При этом первостепенное значение имеет соблюдение сторонами формальных условий спора. Иными словами, доказательства оцениваются судом по заранее установленным критериям (формальная система доказательств). В судопроизводстве этого вида в качестве средств разрешения спора широко применяются ордалия, поручительство, присяга, судебный поединок.

*Частно-исковой* процесс протекает исключительно благодаря волеизъявлению сторон (частного истца и ответчика). Каждый из них, даже представитель государственной власти, действует как частное лицо, что обеспечивает формальное равноправие сторон. На стороны же целиком возложено бремя доказывания, а суд оценивает представленные ими доказательства по внутреннему убеждению. При этом все же возможно использование элементов формального доказывания.

*Публично-исковая* состязательность знаменуется появлением специального государственного органа уголовного преследования, отстаивающего публичные интересы. При этом равноправие сторон обеспечивается созданием определенного набора пассивных гарантий обвиняемому. Целью данного вида процесса становится объективная истина. Суд руководствуется принципом свободной оценки доказательств.

*Публично-состязательный* (или *постсостязательный, дискурсивно-состязательный*) уголовный процесс в отличие от предыдущих видов направлен уже не на победу в споре, а на его

<sup>15</sup> Вандышев В. В., Дербенев А. П., Смирнов А. В. Указ. соч. Ч. 1. С. 9–10; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 19–25.

<sup>16</sup> Идеальная типология берет свое начало в концепции процесса как трехстороннего юридического отношения, авторами которой являются Бетман-Гольвег, Бюлов, Криз, Колер (см.: Чельцов-Бebutov М. А. Указ. соч. С. 589–590; Розин Н. Н. Уголовное судопроизводство. Пг., 1916; Фойшицкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. СПб., 1996. Т. 1. С. 59–61; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса). Н. Н. Розин определяет уголовный процесс как взаимоотношения прав и обязанностей сторон и суда для разрешения правового спора (см.: Розин Н. Н. Указ. соч. С. 18). Проблема идеальных типов обсуждалась в США как проблема двух моделей уголовного процесса – «модели контроля преступления» и «должной модели процесса» (см.: Herbert L. Packer Former Professor, Stanford. Two Models of the Criminal Process. 113 U. PA. L. REV. 1 (1964)).

<sup>17</sup> См., напр.: Шишкин С. А. Указ. соч. С. 7, 16–21. – Следственный порядок построения производства по гражданским делам предполагает превращение судьи из пассивного арбитра в активного судью-следователя, для которого инициатива сторон не имеет решающей роли, он сам устанавливает истину. В теории уголовного процесса следственный процесс рассматривается в качестве разновидности розыскного идеального типа (см.: Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 120–122).

урегулирование, исчерпание конфликта. Сторонам обеспечивается не формальное, а функциональное равенство. Принципы объективной истины и свободной оценки доказательств по-прежнему не утрачивают своего значения. Этот вид есть современное представление о должной модели уголовного процесса, т. е. о будущем состязательном судопроизводстве. Представляется, что термин «публично-состязательный» весьма удачен, поскольку отражает стремление к балансу частных и общественных интересов, характерное для гражданского общества<sup>18</sup>.

Розыскной тип процесса также подразделяется на разновидности: *уголовная расправа* (ее подвиды: *общинное дознание, вотчинный суд, уголовно-административная расправа и военно-полевой суд*), *ассиза, инквизиционный и следственный процессы, судебный приказ*<sup>19</sup>.

В целом типы уголовного процесса можно классифицировать и по степени уважения публичных интересов, т. е. по соотношению интересов публичных и частных. Так, к публичным, безусловно, относятся все розыскные виды процесса и такие разновидности состязательного типа, как публично-исковой и публично-состязательный, а к «непубличным» – обвинительный и частно-исковой. Публичный характер процесса согласуется с общественным интересом, т. е. с интересом социальной общности, признанным государством и обеспеченным правом, удовлетворение которого является условием ее существования и развития<sup>20</sup>. В будущем состязательном уголовном судопроизводстве публичность будет играть иную роль, нежели в публично-исковом и розыскных видах процесса, где под ней подразумевалось главенство узкогосударственного интереса. Теперь целью публичности выступает охрана таких ценностей гражданского общества, как «человек, его права и свободы» (ст. 2 Конституции РФ). Именно поэтому публичность в состязательном уголовном процессе, по мнению А. В. Смирнова, должна будет пониматься в первую очередь как *гражданственность*, а публично-состязательная процедура – как правовая форма *общественного дискурса* по поводу уголовной ответственности<sup>21</sup>.

Однако идеальных типов судопроизводства в реальной действительности не существует, как уже отмечалось, в силу их предельной абстрактности. Предполагается, что все реальные типы являются смешанными<sup>22</sup>. По этому поводу известный русский процессуалист С. И. Викторский высказался так: «...чистых – следственной и обвинительной – форм уголовного процесса нет, существуют лишь смешанные, из коих одни приближаются более к первому типу, другие – ко второму»<sup>23</sup>. В связи с этим в системе типологий уголовного судопроизводства выделяются *морфологические (исторические и легислативные)* типы<sup>24</sup> как реальное воплощение тех или иных начал идеальных типов процесса в различных пропорциональных сочетаниях. Морфологическая типология в отличие от идеальной направлена на построение реальных архетипов судопроизводства. Под историческими типами судопроизводства понимаются наиболее общие для различных регионов и стран особенности судопроизводства, сложившиеся в результате конкретно-исторического процесса. Среди них выделяют *английскую, французскую, германскую и шариатскую (мусульманскую)*. Они являются квинтэссенцией конкретных форм процесса, которые сложились в определенных странах и оказались настолько удачными, что послужили образчиками для других народов. В этом смысле они являются базовыми моделями

<sup>18</sup> Подробнее о типологических признаках названных видов состязательного процесса см.: Смирнов А. В. 1) Модели уголовного процесса. С. 26–58; 2) Состязательный процесс. СПб., С. 27–55, 221–311. – Термин «постсостязательный» представляется не вполне удачным в данном употреблении, на что будет обращено особое внимание ниже.

<sup>19</sup> Подробнее см.: Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 112–123.

<sup>20</sup> Тихомиров Ю. А. Публичное право. М., 1995. С. 54.

<sup>21</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 48–49.

<sup>22</sup> Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса. С. 102–103; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 7, 14, 16–17; Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 30.

<sup>23</sup> Под следственной и обвинительной формами процесса С. И. Викторский понимал соответственно розыск и состязательность (см.: Викторский С. И. Русский уголовный процесс. М., 1997. С. 15).

<sup>24</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 15–17.

для конкретных (легислативных) форм. Под последними понимаются режимы судопроизводства, существующие в отдельных странах (США, Великобритания, Франция, ФРГ, Италия, Россия и др.)<sup>25</sup>. Иначе говоря, легислативные формы судопроизводства можно именовать национальными. К английскому морфологическому типу, например, смело можно отнести процесс Великобритании, США, Австралии. Французской исторической форме соответствуют, кроме Франции, процессуальные системы Бельгии, Италии, России, других стран – бывших республик СССР. Германский тип составляют системы судопроизводства ФРГ, Австрии, Норвегии, Венгрии. К мусульманской исторической форме судопроизводства, основанной на законах шариата, относится уголовная юстиция Ирана, Афганистана, Объединенных Арабских Эмиратов<sup>26</sup>.

Комплексное исследование морфологических типов, а также разновидностей розыскного процесса в рамках настоящей работы представляется излишним. Они будут затронуты лишь в той мере, в какой это будет необходимо для раскрытия данной темы.

Отношение к состязательности среди процессуалистов крайне неоднозначное, высказываются мнения как в ее поддержку, так и против. Среди опрошенных практических работников также нет единства. За преобразование формы российского уголовного процесса в состязательную высказались: 69 % судей, 88 % адвокатов, 59 % следователей МВД и лишь 15 % работников прокуратуры.

Причем даже те процессуалисты, кто видел глобальную тенденцию развития уголовного судопроизводства в расширении начал состязательности<sup>27</sup>, не выработали четкого ответа на вопрос о том, как определить место легислативной формы процесса в конкретный исторический момент в системе «состязательность–розыск». Представляется недостаточным ограничиться признанием каждого морфологического типа как смешанного, поскольку это не дает возможности системного определения тенденций развития конкретной формы уголовного процесса даже на ближайшую перспективу, что само по себе могло бы иметь огромное значение, прежде всего, теоретического характера. Показательным примером может стать соотношение содержания порядков российского уголовного процесса образца 1864 г. и советского 1923–1929 гг. Их отличает то, что первый стремился к нейтрализации рудиментов розыскного порядка<sup>28</sup>, а второй, напротив, к их усилению<sup>29</sup>.

Отгалкиваясь от того, что все реальные типы уголовного судопроизводства носят смешанный характер, сочетая в себе черты обоих идеальных типов, признаем, что удельный вес тех или иных начал в конкретных легислативных формах в разные периоды истории не одинаков. Их состояния динамичны. Однако описать такой процесс, вопреки устоявшемуся мнению,

<sup>25</sup> Так и Россия во многом является наследницей французских традиций уголовного судопроизводства, и в этом смысле наш уголовный процесс относится к французскому морфологическому типу.

<sup>26</sup> Подробнее см.: *Смирнов А. В.* Состязательный процесс. С. 134–220.

<sup>27</sup> Концепция уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации // *Государство и право.* 1992. № 8. С. 46–55; *Луишев В. В.* Преступность XX века. М., 1997. С. 459; *Петрухин И. Л.* Состязательность и правосудие: К 100-летию М. С. Строговича // *Государство и право.* 1994. № 10. С. 128–137; *Петрухин И. Л., Куцова Э. Ф.* О концепции уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации // *Государство и право.* 1992. № 12. С. 83–55; *Савицкий В. М.* Уголовный процесс России на новом витке демократизации // *Государство и право.* 1994. № 6. С. 101–103; *Смирнов А. В.:* 1) Модели уголовного процесса. С. 5, 11, 25, 48; 2) Эволюция исторической формы советского уголовного процесса и предварительное расследование // *Советское государство и право.* 1990. № 12. С. 57–63. – А. В. Смирнов, в частности, связывает эту тенденцию с идеями о постиндустриальном обществе и государстве, уважающем интересы личности; *Торффлер Э.* Третья волна. М., 1999; *Шаймухамбетова Г. Б.* Гегель и Восток. Принципы подхода. М., 1995. С. 189–190; *Kumar K.* The Rise of Modern Society. Aspects of the Social and Political Development of the West. Oxford, 1988. P. 10.

<sup>28</sup> *Полянский Н. Н.* Новая редакция Уголовно-процессуального кодекса. М., 1927. С. 18; *Викторский С. И.* Русский уголовный процесс. М., 1997. С. 359–360.

<sup>29</sup> *Полянский Н. Н.* Указ. соч. С. 24; *Смирнов А. В.* Эволюция исторической формы советского уголовного процесса и предварительное расследование. С. 58–63; *Стучка П. И.* Тезисы о реформе УПК // *Революция права.* 1928. № 2. С. 68–87.

исходя из идеальной типологии, не только возможно, но и необходимо<sup>30</sup>. Следует заметить, что в литературе такие попытки предпринимались<sup>31</sup>. А. С. Александров, в частности, заявил о том, что в смешанном процессе одни принципы (принципы одной формы) доминируют, а иные находятся в «свернутом» состоянии<sup>32</sup>.

Таким образом, законодательные формы можно классифицировать в зависимости от тенденций развития по отношению к розыскному или состязательному идеальному типу уголовного процесса как *предсостязательные* и *постсостязательные*, *предрозыскные* и *построзыскные*<sup>33</sup>. При этом грань между построзыскным и предсостязательным, как и между постсостязательным и предрозыскным, весьма условна, но она предполагает пропорциональное соотношение в судопроизводстве розыскных и состязательных элементов. Такая классификация учитывает не только направление, в котором движется законодательство, но и явное преобладание тех или иных элементов. Так, в приведенном выше примере российское судопроизводство образца 1864 г. можно отнести к построзыскному, а советское (1923–1929 г.) – к предрозыскному.

Представляется неизбежным определенное смешение понятий «построзыскной» и «предсостязательный», «постсостязательный» и «предрозыскной», поскольку розыск и состязательность являются типами-антагонистами, а значит усиление начал одного из них автоматически будет означать ослабление начал другого. К тому же, действительно, умозрительное установление пропорций сочетания состязательных и розыскных начал весьма проблематично. При этом недопустимо забывать, что далеко не всегда порядок судопроизводства с преобладанием розыскных начал и порядок с содержанием преимущественно состязательным<sup>34</sup> непосредственно сменяли друг друга. Истории уголовного процесса известны случаи, когда друг друга сменяли и разновидности одного из идеальных типов<sup>35</sup>. Так, современная публично-исковая состязательность в Великобритании выросла из частно-исковой ее же разновидности, а во Франции – из розыска (в этом смысле данная форма процесса – построзыскная). При этом обе формы смело можно охарактеризовать как предсостязательные, имея в виду их стремление к конкретной цели в виде максимальной реализации состязательных начал в процессе. Уголовный процесс Италии в ходе реформы 1989 г. приобрел черты предсостязательной модели, но уже с 1992 г. в результате целого ряда преобразований он стал обладать чертами постсостязательного судопроизводства в связи с усилением розыскных начал<sup>36</sup>. Относительно современного российского уголовного судопроизводства можно утверждать, что оно является предсостязательным. Однако термин «построзыскное» для него пока более предпочтителен, поскольку в нем явно доминируют рудименты розыскного процесса в сочетании со стремлением в своем развитии к их преодолению<sup>37</sup>. Как отмечает Р. Х. Якупов, современный уголовный процесс России является «смешанным процессом с преимущественно розыскной его фор-

<sup>30</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 14, 16–17.

<sup>31</sup> Правда, зачастую они были бессистемны и напоминали навешивание ярлыков (см., напр.: Тейман С. Сделки о признании вины или сокращенные формы судопроизводства: по какому пути пойдет Россия? // Российская юстиция. 1998. № 10. С. 35–36; № 11. С. 35–36). Тейман, в частности, применительно к реальным формам употребляет такие термины, как «неоинквизиционный», «постинквизиционный» и «состязательный».

<sup>32</sup> Александров А. С. Указ. соч. С. 7, 16.

<sup>33</sup> В данном случае латинская приставка *post* употребляется в значении «после», т. е. «идущий от» состязательности (постсостязательный) или розыска (построзыскной). В этом употреблении термин «постсостязательный» (о типе процесса) приобретает иное содержание, нежели то, что вкладывает в него А. В. Смирнов, понимая постсостязательность как сверхсостязательность (см.: Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 49). В более поздней работе А. В. Смирнов заменил его другим термином «дискурсивная состязательность» в том же значении (см.: Смирнов А. В. Состязательный процесс. С. 7, 221–311).

<sup>34</sup> Условно назовем их «розыск» и «состязательность».

<sup>35</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 27–58, 112–123.

<sup>36</sup> Делла Марра Т. Уголовный процесс Италии: реформа и контрреформа // Государство и право. 1994. № 1. С. 124–131.

<sup>37</sup> Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 119–121, 160–161.

мой, переход от которого к смешанному процессу с преимущественно состязательной формой представляет конечную цель производящейся судебной реформы»<sup>38</sup>.

Данная типология в силу отражения динамизма состояний морфологических типов уголовного судопроизводства и ориентации на идеальные типы может именоваться *идеально-динамической* (или *динамической*). Ее значение состоит в том, что она указывает на тенденции развития конкретной формы уголовного судопроизводства (формы уголовного процесса конкретной страны) и соответственно в состоянии подсказать приоритетные направления его реформирования.

Подводя итог, отметим, что расширение состязательных начал уголовного судопроизводства России будет способствовать преодолению в нем розыскных рудиментов. Это значит, что главной задачей, стоящей перед законодателем в сфере реформы уголовного процесса, является последовательное закрепление и реализация начал публично-состязательной модели как главного средства построения процесса этого типа.

---

<sup>38</sup> Якупов Р. Х. Актуальные проблемы реформирования российского уголовнопроцессуального законодательства // Актуальные вопросы предварительного расследования. Волгоград, 1997. С. 5.

## § 2. Система основных начал уголовного судопроизводства публично-состязательного типа и разделение уголовно-процессуальных функций как базовый принцип состязательной модели судопроизводства

Обращает на себя внимание тот факт, что понятия «начала» и «принципы» далеко не всегда совпадают между собой. В. Н. Баландин по этому поводу заявляет, что «начало» в большей мере соответствует понятию «правило», а принцип ближе к понятию «идея»<sup>39</sup>. Однако данная точка зрения заслуживает критики. Несмотря на то, что лексическое значение этих слов весьма близко<sup>40</sup>, а этимологически они идентичны<sup>41</sup>, в юридическом употреблении эти термины существенно разнятся. В юриспруденции семантически «принцип» все же ближе к понятию правила, а «начало» – это, скорее, более общее понятие, указывающее на принадлежность к какому-либо социально-правовому явлению. Иными словами, начало утрачивает значение только принципа и понимается шире. Здесь нет опасности засорения научного оборота излишними терминами, так как таковыми могут считаться, скорее, термины, дублирующие друг друга. Предложенное соотношение терминов «принципы» и «начала», напротив, предохраняет от этого. Семантическое расширение терминологического аппарата науки свидетельствует о ее развитии.

Итак, каждый принцип уголовного судопроизводства является самостоятельным началом, а также несет в себе черты иных начал более широкого плана, т. е. выделяются начала-принципы и начала, не являющиеся принципами. К последней категории начал мы относим состязательность, публичность, законность, розыскные начала<sup>42</sup>. В качестве принципов выступают следующие начала: диспозитивности, целесообразности, гласности, устности, дифференциации, непосредственности исследования доказательств, неизменности состава суда, независимости суда, равноправия сторон, объективной истины, свободной оценки доказательств, обеспечения обвиняемому права на защиту, презумпции невиновности, а также разделения основных уголовно-процессуальных функций и др.<sup>43</sup> Иначе говоря, система принципов процесса является частью системы основных начал типа судопроизводства.

В науке уголовного процесса вопрос о принципах состязательного судопроизводства до сих пор носит дискуссионный характер. П. С. Элькинд, а вслед за ней и С. Д. Шестакова к принципам состязательности отнесли разделение основных уголовно-процессуальных функций и равноправие сторон<sup>44</sup>. А. С. Александров таковыми полагает довольствование формальной истиной, диспозитивность, целесообразность, презумпцию невиновности. К. Б. Калиновский пришел к выводу о том, что к ним главным образом относятся равноправие сторон и независимость суда<sup>45</sup>. А. В. Смирнов говорит о системе принципов состязательного судопроизводства, которую составляют общеправовые, межотраслевые, отраслевые уголовно-процессу-

<sup>39</sup> Баландин В. Н. Принципы юридического процесса: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С. 5.

<sup>40</sup> Принцип – основное, исходное положение какой-либо теории, учения, науки; руководящее положение, основное правило, установка для какой-либо деятельности. Начало – основа, сущность чего-либо, проявляющаяся в наиболее характерных признаках, чертах; основные положения, принципы чего-либо (см.: *Словарь русского языка* / Под ред. А. П. Евгеньевой: В 4 т. Т. 2. М., 1986. С. 414; Т. 3. М., 1987. С. 428.

<sup>41</sup> *Краткий этимологический словарь русского языка* / Под ред. С. Г. Бархударова. М., 1971. С. 365.

<sup>42</sup> Обоснования этой позиции будут даны ниже.

<sup>43</sup> Нами перечислены лишь те начала уголовного судопроизводства, которые будут затронуты в настоящей работе.

<sup>44</sup> Элькинд П. С. Цели и средства их достижения в советском уголовнопроцессуальном праве. Л., 1976. С. 56; Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 51–54, 145–146.

<sup>45</sup> Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса. С. 68–69.

альные принципы и принципы отдельных состязательных институтов уголовно-процессуального права<sup>46</sup>.

Исходя из того, что признаками состязательной модели уголовного судопроизводства являются наличие равноправных сторон и независимый суд, представляется оправданным использование их в качестве ориентиров для определения системы основных начал публично-состязательного уголовного процесса.

Не вызывает сомнений, что назначение участников уголовного судопроизводства определяет *структуру* уголовно-процессуальной деятельности, которая, в свою очередь, диктует необходимый процессуальный статус этих участников. В частности, положение основных участников в процессе предполагает размежевание процессуальных функций как основных направлений деятельности, в которых выражается специальная роль и назначение субъектов процесса<sup>47</sup>.

Так, государство в лице уполномоченных органов осуществляет розыск лица, совершившего преступление, предъявляет ему официальное обвинение и обосновывает свою позицию доказательствами, выполняя тем самым процессуальную функцию уголовного преследования<sup>48</sup>. Лицо же, привлеченное к производству<sup>49</sup>, равно как и его представитель, защитник, может встать на противоположную позицию и выдвинуть контраргументы в свою защиту, что вполне соответствует концепции свободы автономной личности (функция защиты)<sup>50</sup>. Носители описанных уголовно-процессуальных функций являются сторонами уголовно-правового спора<sup>51</sup>. Суд призван разрешить их спор, оценивая доказательства по своему внутреннему убеждению (функция юстиции)<sup>52</sup>. При этом источником движения дела, как правило, становятся указанные действия сторон. Для обеспечения разрешения спора стороны должны быть наделены равными процессуальными возможностями, а суд – независимостью. В противном случае избежать смешения функций участников процесса не удастся, и отношения между ними приобретут характер властеподчинения, суд вынужден будет принять позицию одной из сторон за основу для своего собственного решения. Без разделения основных процессуальных

<sup>46</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 58–110.

<sup>47</sup> Алексеев Н. С., Даев В. Г., Кокорев Л. Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980. С. 52–55; Мотовиловер Я. О. О принципах объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса. С. 67–70; Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. С. 188–199; Штилев В. Н. Указ. соч. С. 53–59; Элькин П. С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Л., 1963. С. 54–69.

<sup>48</sup> Функция уголовного преследования – направление уголовно-процессуальной деятельности, состоящее в раскрытии преступлений, выявлении и изобличении лиц, виновных в их совершении (см.: Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 144). С этой точки зрения не совсем точным представляется определение, данное законодателем в п. 55 ст. 5 УПК РФ.

<sup>49</sup> Термин «лицо, привлеченное к рассмотрению» введен в научный оборот российских процессуалистов из зарубежного законодательства, где используется для обозначения лица, в отношении которого имеются улики, а не только обвиняемого, подозреваемого (см.: Головки А. В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995. С. 116). Впоследствии эта идея была воспринята некоторыми российскими авторами, в литературе стали употребляться термины «лицо, привлеченное к производству», «лицо, вовлеченное в процесс» (см.: Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 18). Данная идея представляется весьма плодотворной, поскольку подобный термин в состоянии охватить своим содержанием понятия обвиняемого, подозреваемого, а также лиц, совершивших общественно опасные деяния, но не являющихся субъектами преступления (невменяемый и лицо, не достигшее возраста наступления уголовной ответственности), т. е. любого лица, в отношении которого имеются обвинительные доказательства.

<sup>50</sup> Функция защиты – это направление уголовно-процессуальной деятельности, состоящее в защите прав, свобод и законных интересов лица, привлеченного к производству (см.: Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 145).

<sup>51</sup> К сожалению, законодательно был устранен порядок, по которому войти в состав стороны уголовного преследования мог общественный обвинитель, а к стороне защиты мог примкнуть общественный защитник. Этим была ослаблена возможность институтов гражданского общества влиять на уголовное правосудие.

<sup>52</sup> Функция юстиции – направление уголовно-процессуальной деятельности, состоящее в разрешении юрисдикционных вопросов по уголовному делу. Функция юстиции осуществляется судом посредством отправления правосудия, а также разрешения вопросов об утверждении обвинения, выдвигаемого органами уголовного преследования, движении уголовного дела, производства следственных действий и контроля ограничения конституционных прав и свобод граждан. Функция юстиции, таким образом, может пониматься как функция судопроизводства (см.: Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 147–148; Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса. С. 74, 148; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 50–52, 216–217).

функций не может быть и речи о споре равноправных сторон перед независимым судом, а значит и о состязательности уголовного процесса. Это фундаментальное положение в состязательном типе уголовного процесса, его принцип<sup>53</sup>.

Таким образом, уголовно-процессуальные принципы независимости суда, осуществления правосудия только судом, осуществления уголовного преследования только стороной обвинения, обеспечения обвиняемому права на защиту и равноправие сторон играют подчиненную роль по отношению к принципу размежевания функций. Применение арбитражного (судопроизводственного, состязательного) метода правового регулирования возможно лишь в случае, когда организация производства по уголовному делу имеет вид полного, последовательного размежевания трех основных уголовнопроцессуальных функций, поскольку именно она создает для этого необходимые условия.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что разделение основных уголовно-процессуальных функций и есть тот способ организации уголовно-процессуальной деятельности, при котором главным источником движения дела является спор равноправных сторон перед независимым судом. Н. Гартунг был одним из первых исследователей, определивших характер распределения функций между участниками судопроизводства как критерий разграничения состязательности и розыска<sup>54</sup>. Аналогичной точки зрения придерживался и И. Я. Фойницкий<sup>55</sup>. М. С. Строгович также понимал под состязательностью такое построение процесса, при котором функция обвинения отделена от функции разрешения дела по существу и обвиняемому принадлежит право оспаривать обвинение перед судом<sup>56</sup>. В. М. Савицкий отождествляет состязательность и разделение основных уголовно-процессуальных функций<sup>57</sup>. А. В. Смирнов отмечает, что именно теория разделения уголовно-процессуальных функций позволяет определить состязательность как форму или тип процесса<sup>58</sup>. Так, по мнению специалистов, разделение основных уголовно-процессуальных функций – *punctum punkti* состязательного процесса

При этом нельзя упускать из виду, что разделение процессуальных функций является одним из абстрактных элементов состязательности, поскольку связано не только с концепцией развития свободы автономной личности, но и с идеей разделения властей в государстве, и с законами разделения труда, и с закономерностями психологии<sup>59</sup>. В связи с этим можно определить тип уголовного судопроизводства в качестве *организации уголовного-процессуальной деятельности, обеспеченной способом распределения трех основных процессуальных функций, предопределяющей источник движения производства по уголовному делу и основы процессуального положения его участников*.

По мнению ряда процессуалистов, уголовное преследование, защита и юстиция составляют исключительный перечень уголовнопроцессуальных функций<sup>60</sup>. Данный подход видится

<sup>53</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 7, 50; Смирнов В. П.: 1) Противоборство сторон как сущность принципа состязательности уголовного судопроизводства // Государство и право. 1998. № 3. С. 58–63; 2) Разделение основных функций и равноправие сторон – принципы уголовного процесса // Правоведение. 1999. № 3. С. 171–178. – Подобных взглядов придерживались также русские процессуалисты прошлого века (см.: Бариев Я. И. Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству. СПб., 1841; Викторский С. И. Указ. соч. С. 14–16; Случевский В. К. Учебник русского уголовного процесса. Т. 1. СПб., 1895. С. 69–70; Тальберг Д. Г. Русское уголовное судопроизводство. Т. 1. Киев, 1889. С. 22–28; Фойницкий И. Я. Указ. соч. Т. 1. С. 63, 67, 70, и др.).

<sup>54</sup> Гартунг Н. История уголовного судопроизводства и судоустройства Франции, Англии, Германии и России. СПб., 1868. С. 5–6.

<sup>55</sup> Фойницкий И. Я. Указ. соч. Т. 1. С. 61, 63.

<sup>56</sup> Строгович М. С. Уголовный процесс. М., 1940. С. 78.

<sup>57</sup> Савицкий В. М. Презумпция невиновности. М., 1997. С. 56.

<sup>58</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 7.

<sup>59</sup> Викторский С. И. Указ. соч. С. 14, 240; Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса. С. 68; Машиовец А. О. Указ. соч. С. 5; Фойницкий И. Я. Указ. соч. Т. 1. С. 63, и др.

<sup>60</sup> Адаменко В. Д. Сущность и предмет защиты обвиняемого. Томск, 1983. С. 17; Малахов И. И. Уголовный процесс РСФСР. Воронеж, 1968. С. 10; Стремовский В. А. Содержание предварительного следствия в советском уголовном процессе.

излишне утилитарным, не учитывающим многообразие всего спектра уголовнопроцессуальной деятельности. Здесь мы скорее готовы поддержать идею множественности процессуальных функций<sup>61</sup>. Отметим лишь, что указанные три уголовно-процессуальные функции являются основными функциями судопроизводства, составляющими базовую конструкцию уголовного процесса. Иначе говоря, это те функции, без которых уголовного судопроизводства вовсе не могло бы быть. *Иные* же функции, не являющиеся по своей природе собственно уголовно-процессуальными, но осуществляемые в ходе уголовного судопроизводства, имеют значение уголовно-процессуальных «не основных» функций<sup>62</sup>. Их наличие не противоречит ни сущности уголовного процесса, ни состязательному порядку его построения. Состязательности, как и ее методу правового регулирования, противопоказано смешение основных уголовно-процессуальных функций, а отнюдь не нарушение их монопольного существования.

Англо-американскому процессу известны категории «свидетель обвинения» и «свидетель защиты». Некоторые отечественные процессуалисты положительно восприняли данную терминологию и заявили об объективном способствовании свидетелями и экспертами выполнению функций обвинения и защиты<sup>63</sup>. Для своего времени это было весьма смелое утверждение, но сегодня его возможно рассмотреть под несколько иным углом зрения. В судопроизводстве, заметим, не только в уголовном, но и гражданском, показания свидетеля и заключение эксперта могут стать средствами доказывания как обвинительного, так и оправдательного тезисов, а иногда даже и обвинительных, и оправдательных одновременно, что в реальной правоприменительной практике совсем не редкость. При таком подходе в последней ситуации функции «свидетеля обвинения» и «свидетеля защиты» реализуются одним лицом. Свидетель, как и эксперт, не вправе, за исключением некоторых случаев, предусмотренных законом, по собственной инициативе отказаться от выполнения возложенных на них законом *обязанностей по выполнению своих процессуальных функций*. Это значит, что, для того чтобы не нарушать краеугольного положения состязательного процесса о недопустимости смешения основных процессуальных функций, следует все же признать наличие в состязательном судопроизводстве *иных* («не основных») функций. При этом данный принцип важно сформулировать не просто как принцип разделения функций, а как принцип *разделения основных уголовно-процессуальных функций*.

Отрадно, что именно такую форму уголовно-процессуальной деятельности и пытался реализовать законодатель, что следует из содержания ст. 8, 15 и структуры построения раздела II УПК РФ.

В то же время не стоит полагать, что размежевание основных функций в уголовном процессе будет единственным принципом состязательной модели, т. е. исключительным средством ее построения. Разделение трех основных процессуальных функций выступает принципом, закрепляющим *структуру* уголовно-процессуальной деятельности, соответствующую состязательной модели, т. е. является лишь *структурным* (или *системообразующим*) принципом.

В правовой литературе все принципы уголовного судопроизводства в зависимости от характера связи с формой процесса подразделяются на:

- 1) принципы, конституирующие форму процесса;

Краснодар, 1971. С. 96; *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. Т. 1. С. 188.

<sup>61</sup> *Карев Д. С.* Советский уголовный процесс. М., 1975. С. 17; Курс советского уголовного процесса. Общая часть / Под ред. А. Д. Бойкова и И. И. Карпеца. М., 1989. С. 420–423; *Ларин А. М.* Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. М., 1986. С. 4–14; *Рахунов Р. Д.* Участники уголовно-процессуальной деятельности. М., 1961. С. 51; Уголовный процесс / Под ред. М. А. Чельцова. М., 1969. С. 11–12; *Шилев В. Н.* Содержание и формы уголовного судопроизводства. Минск, 1974. С. 55–68; *Элькин П. С.*: 1) Сущность советского уголовно-процессуального права. Л., 1963. С. 54; 2) Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л., 1976. С. 50.

<sup>62</sup> Имеются в виду, например, функции гражданского истца, гражданского ответчика (гражданско-процессуальные) и представительская (общеправовая).

<sup>63</sup> *Вандышев В. В., Дербенев А. П., Смирнов А. В.* Указ. соч. Ч. 1. С. 14.

2) принципы-гарантии, обеспечивающие реализацию принципов, конституирующих форму процесса;

3) принципы, индифферентные к форме процесса и придающие ей конкретно-исторический облик<sup>64</sup>.

С. Д. Шестакова раскрывает эту систему принципов применительно к состязательному типу уголовного судопроизводства. К принципам, конституирующим форму процесса, она относит осуществление юстиционной деятельности только судом; осуществление уголовного преследования только стороной обвинения; обеспечение обвиняемому права на защиту и равноправия сторон. Среди принципов-гарантий, обеспечивающих реализацию принципов, конституирующих форму процесса, она выделяет: независимость судей и подчинение их только закону; оценку доказательств по внутреннему убеждению; неприкосновенность личности; неприкосновенность жилища, частной жизни, тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений; презумпцию невиновности; устность, гласность судопроизводства, непосредственность исследования обстоятельств дела. А категорию принципов, индифферентных к форме процесса и придающих ей конкретно-исторический облик, по мнению С. Д. Шестаковой, составляют такие принципы, как сочетание единоначалия и коллегиальности, осуществление правосудия на началах равенства граждан перед законом и судом и др.<sup>65</sup> В целом мы разделяем данную позицию.

В работе был сделан вывод об исключительности принципа разделения основных уголовно-процессуальных функций в состязательном процессе. Применительно к рассмотренной системе системообразующим принципом полностью охватывается в наиболее общей форме содержание первой группы принципов (конституирующих форму процесса). Другие (обеспечивающие действие принципов, конституирующих форму процесса, индифферентные к форме и конкретизирующие ее облик) можно охарактеризовать как *сущностные* (или *содержательные*) принципы. Среди них следует рассмотреть более подробно те, которые имеют непосредственное отношение к теме настоящего исследования.

В теории уголовного процесса публичность традиционно рассматривается в качестве принципа уголовного судопроизводства<sup>66</sup>. Между тем А. В. Смирнов сформулировал положение о том, что публичность по сути своей принципом процесса не является и может рассматриваться лишь как *типологическая характеристика вида* процесса, т. е. как «совокупный результат действия всех принципов публичного состязательного судопроизводства»<sup>67</sup>. Публичность, понимаемая А. В. Смирновым как *гражданственность* и *открытость*, заставляет относиться к состязательности как к *общественному дискурсу* с целью решения вопроса об уголовной ответственности<sup>68</sup>. Это значит, что публичной по своему содержанию выступает деятельность не только органов уголовного преследования и суда, но и стороны защиты, поскольку она направлена на защиту гражданских прав лица, привлеченного к производству, что позволяет относиться к защитнику как к *правозаступнику* (*правозащитнику*)<sup>69</sup>. Таким образом, отстаива-

<sup>64</sup> Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 55–56.

<sup>65</sup> Там же.

<sup>66</sup> Добровольская Т. Н. Принципы советского уголовного процесса. М., 1971. С. 79; Строгович М. С. Уголовный процесс. М., 1946. С. 73; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Отв. ред. П. А. Лупинская. М., 1999. С. 150–153.

<sup>67</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 85–86.

<sup>68</sup> Там же. С. 48–49. – В понятие общественного дискурса вкладывается значение микросоциального процесса, при котором доступ к судопроизводству предельно широк и максимально учитывается мнение его участников при безусловном примате гуманитарных общественных ценностей.

<sup>69</sup> Кузуб И. Р. Уголовно-процессуальная функция охраны прав и законных интересов лиц, совершивших преступление: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2000. С. 7, 9–17; Огнева И. А. Правозащитник в уголовном судопроизводстве России: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 9, 17–18; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 57; Филимонов Б. А. Защитник в германском уголовном процессе. М., 1997. С. 20. – Эти публичные черты в деятельности защиты выделил еще И. Я. Фойницкий (см.: Фойницкий И. Я. Указ. соч. Т. 1. С. 470–471).

вая свою позицию, эта сторона способствует решению задач публично-состязательного судопроизводства.

При этом особое значение приобретает обеспечение сторон достаточными возможностями для активного отстаивания своих позиций, для чего они наделяются не столько равными правами, сколько равными процессуальными возможностями. Размежевание основных процессуальных функций играет здесь первостепенную роль. Для обеспечения равенства сторон необходимо усиление действия в судопроизводстве арбитражного метода правового регулирования. В связи с этим трудно переоценить значение процессуального положения суда<sup>70</sup>.

Суждения о смешении функций в уголовном процессе подразумевают в первую очередь смешение функции уголовного преследования именно с функцией юстиции. Очевидно, что разделение функций является главным условием обеспечения независимости суда как одного из признаков состязательности. Последовательная реализация публично-состязательной процедуры, таким образом, должна включать обособление функции юстиции как исключительно судебной деятельности<sup>71</sup>. Такая точка зрения нашла отражение в римской пословице *nemo iudex in re sua* («никто не может быть судьей в своем собственном деле»). Аналогичная идея высказана в Европейской хартии о статусе судей<sup>72</sup>. Функция юстиции по содержанию шире функции правосудия и даже функции разрешения дела<sup>73</sup>. Таким образом, прерогативу суда в состязательном уголовном процессе должны составлять следующие направления деятельности: принятие решений о ходе процесса, легализация фактических данных в качестве доказательств в ходе следственных действий, контроль процессуального ограничения конституционных прав и предъявления обвинения<sup>74</sup>. Конституционный принцип *гарантирования каждому судебной защиты его прав и свобод* (ст. 46 Конституции РФ) находит отражение в процессуальном *гарантировании каждому свободного доступа к правосудию (судопроизводству)*. При этом отличительной чертой публично-состязательной процедуры можно считать строгое соблюдение принципов *гласности, устности и непосредственности*<sup>75</sup>. Кратко рассмотрим эти основные направления судебной деятельности, характерные для состязательного построения уголовного процесса.

Наличие правила о необходимости для принятия решений о движении дела (ходе процесса) ходатайств участников судопроизводства объясняется требованием того, чтобы источником движения производства была инициатива этих участников, а не суда<sup>76</sup>. Данное положение позволяет максимально дифференцировать понятия «процессуальная инициатива» и «юрисдикционные полномочия». Арбитражному методу имманентно присущ такой порядок построения процесса, при котором процессуальная инициатива по большей части становится делом сторон, а юрисдикционные полномочия отнесены к исключительной компетенции суда. Однако из указанного правила возможны исключения, например, когда производство еще не закончено, а стороны не проявляют должной активности. В таких случаях суд должен, не дожи-

<sup>70</sup> Лебедев В. М. Проблемы становления и развития судебной власти в Российской Федерации: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. С. 3; Паришин А. И. Судебная оценка материалов предварительного расследования: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Волгоград, 2000. С. 3; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 49; Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 72–121.

<sup>71</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 50–52.

<sup>72</sup> Европейская хартия о статусе судей // Российская юстиция. 1999. № 7. С. 2–4; см. также: Европейская хартия о статусе судей. Постатейный комментарий // Российская юстиция. 1999. № 8. С. 2–4; № 9. С. 5–6.

<sup>73</sup> Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса. С. 68; Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 19.

<sup>74</sup> Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 50–58; Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 142.

<sup>75</sup> См., напр.: Киселев А. И. Принцип гласности в уголовном процессе // Российская правовая система и международное право: современные проблемы взаимодействия. Ч. 2. Н. Новгород, 1998. С. 50–53; Макарова З. В. Гласность уголовного процесса. (Концепция и проблемы развития). Екатеринбург, 1996; Савицкий В. М. Презумпция невиновности. С. 54–55; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 83–86; Фойницкий И. Я. Указ. соч. Т. 1. С. 92–93, 98; Т. 2. С. 90; Чельцов-Бebutов М. А. Указ. соч. С. 85.

<sup>76</sup> Говоря о движении уголовного дела, мы имеем в виду поступательное движение, т. е. такой ход процесса, который направлен на достижение целей уголовного судопроизводства.

даясь действий участников, в рамках своей компетенции принять решение. Примером может послужить ситуация, когда в судебном разбирательстве сторона обвинения исчерпала свои возможности по доказыванию вины подсудимого, фактически не справившись с этой задачей, и ни одна из сторон не ходатайствует о вынесении какого-либо судебного решения. В этом случае суд обязан прекратить уголовное преследование и производство по уголовному делу, руководствуясь п. 2 ч. 1 ст. 24 и п. 1 ч. 1 ст. 27 УПК РФ<sup>77</sup>, усмотрев в деянии обвиняемого отсутствие состава преступления. Таким образом, отсутствие процессуальной инициативы сторон открывает путь применению судом юрисдикционных полномочий дискреционного характера.

Под решениями о ходе процесса (движении дела) мы понимаем не только решения о направлении производства в следующую стадию, об окончании производства по уголовному делу и его приостановлении, но и о продлении сроков производства по делу, а равно и о начале этого производства<sup>78</sup>. Принятие таких решений стороной спора невозможно в одностороннем порядке в состязательном процессе, поскольку это существенно ущемило бы возможности противной стороны. Однако, к сожалению, именно такой порядок до сих пор действует в уголовном процессе России. Правом принятия решений о движении дела в российском уголовном процессе помимо суда обладают на предварительных этапах производства и органы, осуществляющие уголовное преследование (орган дознания, прокурор, следователь). В этом усматривается прямое противоречие состязательному порядку, поскольку стороны ставятся в заведомо неравное положение, что обусловлено смешением функций уголовного преследования и судопроизводства (юстиции). В ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах провозглашено право каждого быть судимым без неоправданной задержки<sup>79</sup>. Состязательная процедура принятия решений о ходе процесса (движении дела) станет существенным препятствием для такой «неоправданной задержки» рассмотрения дела судом.

В состязательном процессе доказательственная информация может приобрести статус судебного доказательства лишь в ходе исследования ее судом (легализация доказательств). Легализация доказательств имеет своим содержанием непосредственное восприятие судом информации, собранной сторонами в ходе их непроцессуальной деятельности, ее проверку и придание ей статуса судебных доказательств<sup>80</sup>. Как отмечает В. А. Рязановский, «суд должен исследовать фактический материал процесса, а не стороны. Интересы публичные, интересы правильного отправления правосудия требуют достижения материальной истины, которая является целью процесса. Поэтому сторонам и не может быть предоставлено право свободного распоряжения доказательствами и вообще фактическим материалом процесса, иначе решение может быть основано на недостаточном или ложном составе фактов»<sup>81</sup>. Это подразумевает прямое восприятие судом и другими участниками источников доказательств, что полностью соответствует состязательному принципу *непосредственности исследования доказательств*<sup>82</sup>. Предоставление обеим сторонам возможности участвовать в следственных дей-

<sup>77</sup> В УПК РСФСР такая возможность вытекала из смысла ч. 2 ст. 208 (за недоказанностью вины обвиняемого).

<sup>78</sup> Примером решений *о направлении производства в следующую стадию* может послужить решение об окончании предварительного следствия и предании суду. Под решениями *об окончании производства* мы понимаем любое итоговое решение по уголовному делу, каковыми можно считать приговор суда и постановление о прекращении уголовного дела. Производство по уголовному делу так или иначе имеет свою отправную точку, т. е. момент принятия решения о начале производства по уголовному делу (или открытии процесса). В отечественной процессуальной доктрине этот момент получил название «возбуждение уголовного дела». С этой позиции заслуживает критики положение п. 9 ст. 5 УПК, согласно которому уголовный процесс начинается с момента получения сообщения о преступлении. Далее по тексту термины «начало производства», «возбуждение уголовного дела» и «открытие процесса» употребляются как синонимы.

<sup>79</sup> Международный пакт о гражданских и политических правах // Международные пакты о правах человека: Сборник документов. СПб., 1993. С. 19.

<sup>80</sup> Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса. С. 84–85; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 51. – Термин «легализация доказательств» привнесен из англо-американской процессуальной теории.

<sup>81</sup> Рязановский В. А. Единство процесса. М., 1996. С. 65.

<sup>82</sup> Вандышев В. В., Дербенев А. П., Смирнов А. В. Указ. соч. Ч. 2. С. 9; Викторский С. И. Указ. соч. С. 33–39; Лившиц В.

ствиях, проводимых судьей гласно и открыто, позволяет им своевременно и непосредственно знакомиться с доказательственным материалом, имеющимся в деле, способствует повышению качества и своевременности их проверки и может стать фактором *процессуальной экономики*. При этом инициатива участников не должна ограничиваться. Участники сами вправе осуществлять поиск доказательств непроцессуальными методами и выбирать, в какой момент производства по делу заявить ходатайство об исследовании доказательств судом, а значит и об ознакомлении с ними противной стороны<sup>83</sup>, что способствует реализации принципа *свободного доступа к правосудию*. Такой подход требует рассмотрения процесса доказывания несколько иначе, нежели это традиционно представляется в отечественной литературе. Доказывание должно пониматься не как деятельность по собиранию, проверке и оценке доказательств, а как деятельность по их поиску, заявлению, исследованию, приобщению к делу и обоснованию на их основе отстаиваемого стороной тезиса. Данная конструкция процесса доказывания позволит уравнивать органы уголовного преследования со стороной защиты<sup>84</sup>. В состязательном процессе поиск доказательств, заявление перед судом ходатайств об их исследовании и участие в исследовании становятся делом сторон, а процессуальный контроль процедуры исследования и принятие решения о приобщении доказательств к делу, т. е. об их допустимости, будут отнесены к исключительной компетенции суда.

Обвинение, будучи по существу уголовным иском, является неотъемлемой чертой состязательного процесса<sup>85</sup>. Контроль предъявления обвинения предполагает фиксацию судом факта выдвижения стороной уголовного преследования официального обвинения и проверку его (обвинения) обоснованности участниками процесса под контролем суда. Предъявление обвинения играет роль гласного выражения стороной уголовного преследования своего предварительного отношения к лицу, привлеченному к производству, как уверенности в том, что именно данное лицо совершило конкретное преступление. Арбитражный метод требует обязательного судебного присутствия при производстве данной процедуры.

Контроль процессуального ограничения конституционных прав своим содержанием имеет выдачу по ходатайствам сторон разрешений на избрание и изменение мер пресечения, наложение ареста на имущество, почтово-телеграфную корреспонденцию, проведение обыска, а также рассмотрение жалоб на действия государственных органов и т. д. Здесь находит свое отражение общеправовой принцип *неприкосновенности личности, жилища, частной жизни, переписки, переговоров, сообщений*, в соответствии с которым ограничение этих основных прав человека допускается лишь по судебному решению (ст. 22–25 Конституции РФ). Это положение имеет непосредственную связь с теорией естественных прав человека<sup>86</sup>.

Примечательно, что арбитражный метод правового регулирования называют также *судебным* или *судопроизводственным*<sup>87</sup>, то есть производство по уголовному делу в состязательном процессе может осуществляться только судом. Такой же вывод вытекает из ст. 123 Конституции РФ, определяющей ряд общих начал судопроизводства в России (в том числе и состязательность) и расположенной непосредственно в главе 7 «Судебная власть». Это значит, что, по смыслу содержания российской Конституции, судопроизводство должно осуществляться только органами судебной власти. При этом в качестве основных форм осуществления

Я. Принцип непосредственности в советском уголовном процессе. М., 1949. С. 57.

<sup>83</sup> Виницкий Л. Уравнивать права сторон в уголовном процессе // Российская юстиция. 1999. № 6. С. 43–44.

<sup>84</sup> Калиновский К. Б. О праве адвоката собирать доказательства в российском уголовном процессе // Криминалистический семинар. Выпуск 3 / Отв. ред. В. В. Новик. СПб., 2000. С. 94; Стецовский Ю. И., Ларин А. М. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М., 1988. С. 309–310.

<sup>85</sup> Подробнее см.: Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 32–35; Фойницкий И. Я. Указ. соч. Т. 2. С. 4, 6.

<sup>86</sup> Петрухин И. Л. Свобода личности и уголовно-процессуальное принуждение. М., 1985; Рассказов Л. П., Упоров И. В. Естественные права человека. СПб., 2001.

<sup>87</sup> Вандышев В. В., Дербенев А. П., Смирнов А. В. Указ. соч. С. 10; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 20.

функции юстиции выступают правосудие и судебный контроль. Правосудие – форма, присущая судебным стадиям уголовного судопроизводства, а судебный контроль – предварительным (досудебным) стадиям. Аналогичной, в принципе, позиции придерживается Н. А. Колоколов: «... Судебно-контрольная деятельность на предварительном расследовании и правосудие представляют собой два самостоятельных направления судебной работы, хотя и обеспечивающих подчас выполнение единых функций судебной власти»<sup>88</sup>.

Данное положение пока не реализуется в действующем уголовно-процессуальном законодательстве<sup>89</sup>. При этом разработчиками УПК было упущено из виду, что, в конечном счете, указанный спектр действий (направлений юстиционной деятельности), отнесенных нами к исключительной компетенции суда, направлен на гарантирование, помимо вышеперечисленных принципов, главным образом межотраслевого принципа *равенства сторон*.

В связи с этим можно говорить об активности участников процесса как о существенном признаке публичной состязательности. Такая активность находит свое выражение в их широкой *процессуальной самостоятельности*, которая вполне согласуется с идеей функционального равенства. В современном состязательном процессе в условиях демократического общества каждый участник судопроизводства должен иметь достаточную возможность для отстаивания своих процессуальных интересов.

При рассмотрении проблемы активности сторон уголовного судопроизводства нельзя обойти молчанием вопрос об активности суда как одного из важнейших участников процесса. Дискуссия, развернувшаяся в литературе, касается двух проблем: соответствует ли судебная активность состязательному процессу, и, если соответствует, какой вид она должна иметь<sup>90</sup>. Представляется очевидной правота тех авторов, которые полагают, что активность суда не достигает значения принципа процесса, а является лишь признаком публичности судопроизводства. Активность суда в доказывании не должна быть безусловной не только потому, что в этом случае она превращает состязательность в розыск, но и в связи с тем, что она может как подтолкнуть, так и пресечь инициативу сторон. Иными словами, для судебной активности в доказывании необходимы пределы<sup>91</sup>. К примеру, В. П. Смирнов предлагает ограничить судебную активность в доказывании обязанностью поставить на обсуждение сторон вопрос о необходимости истребования доказательств, которые не были представлены и заявлены сторонами<sup>92</sup>.

Даже в гражданском процессе суду свойственна определенная активность в доказывании, направленная на выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела. Это касается таких полномочий суда, согласно которым он вправе определять, какие обстоятельства имеют значение для дела, для какой из сторон они подлежат доказыванию, ставить их на обсуждение, даже если стороны на какие-либо из них не ссылались, а также предложить участникам процесса представить дополнительные доказательства и по их ходатайству оказывать им содействие в собирании доказательств (ч. 2 ст. 56, ч. 1 ст. 57 ГПК РФ). Кроме того, за судом закреплены

<sup>88</sup> Колоколов Н. А. Судебный контроль в стадии предварительного расследования преступлений: важная функция судебной власти: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 13.

<sup>89</sup> Этот вопрос будет рассмотрен подробнее во II главе.

<sup>90</sup> Бабенко А., Черкасова Н. Суд должен проявлять активность при сборе и исследовании доказательств // Советская юстиция. 1993. № 12. С. 1; Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса. С. 69–76; Ковтун Н. Н. О роли суда в доказывании по уголовным делам в свете конституционного принципа состязательности процесса // Государство и право. 1998. № 6. С. 59–63; Матвеева Н. Н. Принцип состязательности и активность суда в советском уголовном процессе // Совершенствование законодательства о суде и правосудии. М., 1985. С. 88–93; Петрухин И. Л. Состязательность и правосудие // Государство и право. 1994. № 10. С. 130; Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. С. 53–56, 200–202; Чеджемов Т. Б. Самостоятельная и активная роль суда в исследовании доказательств в советском уголовном процессе: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1968; Шестакова С. Д. Указ. соч. С. 27, 98–99, 117.

<sup>91</sup> Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса. С. 70–72.

<sup>92</sup> Смирнов В. П. Разделение основных функций и равноправие сторон – принципы уголовного процесса. С. 175.

следующие полномочия: задавать вопросы допрашиваемым лицам в любой момент допроса, полномочия по производству повторного допроса свидетелей (ч. 3–4 ст. 177, ч. 1 ст. 187, ч. 4 ст. 188 ГПК), назначению экспертиз (ч. 1 ст. 79, ст. 87 ГПК) и возобновлению рассмотрения дела по существу, судебного разбирательства (ч. 2 ст. 191, ч. 2 ст. 196 ГПК). Характерно, что указанные формы судебной активности не наносят вреда состязательному порядку гражданского судопроизводства.

В данном контексте можно вспомнить и вышеприведенный пример по поводу прекращения уголовного дела «за недоказанностью» вины обвиняемого. Так мы приходим к выводу о том, что активность суда может послужить средством не только установления истины, но и преодоления факторов, тормозящих течение процесса (неоправданных задержек). Элементом активности суда в публично-состязательном процессе может также стать защита прав и законных интересов участников процесса. Благодаря таким полномочиям суд в публично-состязательном судопроизводстве должен получить право по собственной инициативе осуществлять проверку законности и обоснованности действий участников и примененных по отношению к ним мер (например, судебная проверка законности и обоснованности задержания, заключения под стражу и т. п.). Гражданское судопроизводство, к примеру, несмотря на частно-исковую природу, также допускает элементы подобной активности суда, предоставляя суду возможность выхода «за пределы заявленных требований в случаях, предусмотренных федеральным законом» (ч. 3 ст. 196 ГПК РФ). В связи с этим обоснованной представляется идея о *правозащитных* функциях судебной власти<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Багаутдинов Ф., Васин А. Уголовное преследование и правозащитная функция суда // Российская юстиция. 2000. № 8. С. 27–28; Колоколов Н. А. Указ. соч. С. 11, 15; Лебедев В. М. Проблемы становления и развития судебной власти в Российской Федерации: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. С. 3–4, 11–12; Огнева И. А. Указ. соч. С. 4; Шишкин С. А. Указ. соч. С. 7–9, 12–16. – С этих позиций более разумной, как представляется, была все же формулировка ст. 195 ГПК РСФСР: «... если признает это необходимым для защиты прав и охраняемых законом интересов истца».

### § 3. Официальность, диспозитивность и целесообразность публично-состязательного уголовного судопроизводства

Публичность, как отмечалось выше, мы понимаем не как принцип, а как типологическую характеристику процесса, т. е. начало (социально-правовое явление), не сводимое к принципу судопроизводства. Публичность многими авторами отождествляется с официальной в уголовном судопроизводстве, с чем мы не вполне согласны<sup>94</sup>. На наш взгляд, публичность не исчерпывается официальной. *Официальность* подразумевает лишь осуществление любых действий государственных органов и должностных лиц по их инициативе в силу их должностных полномочий (*ex officio*). Свое закрепление она нашла в ст. 21 УПК. Официальное начало действует в судопроизводстве именно в целях обеспечения защиты публичного интереса, а значит является выражением публичности. Иначе говоря, официальность, как и активность суда, – признак публичности процесса.

Определяющим в отечественной уголовно-процессуальной науке является взгляд на публичность и диспозитивность как на взаимоисключающие начала<sup>95</sup>. По нашему мнению, подобный подход не вполне корректен в эпоху строительства публично-состязательного процесса. Корень этой проблемы видится в давнем заблуждении, доставшемся современному процессу от розыска, что главным методом правового регулирования в уголовном судопроизводстве является императивный метод<sup>96</sup>. Это стало причиной другого современного категоричного утверждения, согласно которому главным методом в состязательном процессе полагается диспозитивный метод<sup>97</sup>. По утверждению Л. Н. Масленниковой, публичность подразумевает солидарность государственной власти и частных лиц в достижении цели уголовного судопроизводства, а диспозитивность – автономность частных лиц от государственной власти в распоряжении субъективными правами при этом<sup>98</sup>. Представляется, что сопоставлять публичность с диспозитивностью, как и противопоставлять их, неверно в силу того, что они представляют собой категории разного уровня абстракции.

При этом понимание *диспозитивности* в отечественной литературе практически единодушное. Л. Ф. Лесницкая охарактеризовала диспозитивность как процессуальный принцип, предполагающий возможность участников процесса свободно распоряжаться своими материальными и процессуальными правами<sup>99</sup>. О. И. Рогова предложила рассматривать диспозитивность как «ограниченную рамками уголовно-процессуального закона свободу в распоряжении предметом уголовного процесса, правами и обязанностями в ходе процесса его участниками». При этом распоряжение предметом процесса предполагает, что начало, дальнейшее движение, исход процесса зависят от волеизъявления участников<sup>100</sup>. В таком понимании диспозитивность

<sup>94</sup> Отождествление публичности и официальности характерно не только для советской, но и российской дореволюционной правовой традиции (см.: *Строгович М. С.* Уголовный процесс. М., 1946. С. 73; *Фойницкий И. Я.* Указ. соч. Т. 1. С. 93).

<sup>95</sup> *Александров А. С.* Указ. соч. С. 15–16; *Головко Л. В.* Принципы неотвратимости ответственности и публичности в современном российском уголовном праве и процессе // Государство и право. 1999. № 3. С. 66; *Петрухин И.* Публичность и диспозитивность в уголовном процессе // Российская юстиция. 1999. № 3. С. 24–25.

<sup>96</sup> *Баикатов Л. Н. и др.* Указ. соч. С. 23; Курс советского уголовного процесса. Общая часть / Под ред. А. Д. Бойкова и И. И. Карпеца. С. 64–66; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Отв. ред. П. А. Лупинская. С. 54.

<sup>97</sup> *Александров А. С.* Указ. соч. С. 15.

<sup>98</sup> *Масленникова Л. Н.* Публичное и диспозитивное начала в уголовном судопроизводстве России: Автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. С. 25–26.

<sup>99</sup> *Лесницкая Л. Ф.* Диспозитивность // Юридический энциклопедический словарь / Гл. ред. А. Я. Сухарев. 2-е изд., доп. М., 1987. С. 107–108.

<sup>100</sup> *Рогова О. И.* Пределы проявления диспозитивности в уголовном судопроизводстве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Томск, 1994. С. 9–12. – По существу, аналогичный подход содержался в работах и других авторов (см.: *Александров А. С.* Указ. соч. С. 13–14; *Головко Л. В.* Принципы неотвратимости ответственности и публичности в современном российском

соответствует категории принципа процесса и не противоречит ни состязательности, ни публичности.

Противостояние имеет место лишь на уровне законных оснований действий участников: императивных и дискреционных<sup>101</sup>. Первые содержат в себе однозначное указание на необходимый способ действия участников, а вторые предоставляют определенную свободу выбора (альтернативу поведения). Дискреционность, в отличие от императивности, подразумевает предоставление участникам правоотношений возможности действовать по собственному усмотрению в зависимости от обстоятельств в рамках закона<sup>102</sup>. Использование дискреционных оснований участниками процесса является признаком диспозитивности. Деятельность государственного органа или должностного лица при производстве по уголовному делу в соответствии с началом официальности может иметь как императивные, так и дискреционные законные основания<sup>103</sup>. Применение законодателем принципа диспозитивности не исключает, таким образом, начал официальности, даже при использовании их в рамках одной процедуры. В уголовно-процессуальном законе диспозитивность и официальность соседствуют и вовсе не противоречат друг другу. Это значит, что диспозитивности по своему содержанию не противостоит не только публичность, но и официальность. «...Состязательный процесс при начале публичном предполагает обвинителя, действующего *ex officio*»<sup>104</sup>

---

уголовном праве и процессе. С. 67).

<sup>101</sup> Головки Л. В. Принципы неотвратимости ответственности и публичности в современном российском уголовном праве и процессе. С. 66.

<sup>102</sup> Мишин А. А. Дискреционная власть // Юридический энциклопедический словарь. С. 107.

<sup>103</sup> К примеру, в построзьском судопроизводстве Российской империи подобный подход уже имел место в виде двух порядков местной подсудности (порядок закона и порядок судебного усмотрения) (см.: Фойницкий И. Я. Указ. соч. С. 128–131).

<sup>104</sup> Фойницкий И. Я. Указ. соч. Т. 1. С. 61.

## **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.