64. зп
С S£

А. В. Смирнов

МОДЕЛИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

521567

Санкт-ПетербурРЩШ1ЬНаЯ
«наука» \щ-бличная библиотека
«Альфа»| <ЙМ- В.В.Малковского
2000 |С-Петербург, иаб, р.Фонтанки 44/4S

УДК 343.1
ББК 67.408
С 50

Смирнов А. В. Модели уголовного процесса. — СПб.: «Наука», ООО «Издательство "Альфа"», 2000. - 224 с.

ISBN 5-02-027413-5

ISBN 5-02-027413-5

© Л. В. Смирнов, 2000
© ООО «Издательство "Альфа"», 2000

ВВЕДЕНИЕ

Чем крупнее цель, тем легче в нее попасть. Поэтому предмет науки требует обобщений — этой меры вещей. Зримым единством общего и частного является *типология.* Она реконструирует исследуемое множество объектов, объединяя их с помощью методов. Опираясь на сходства и различия исследуемых объектов, типология добивается их идентификации, а в своей теоретически развитой форме отображает внутреннее строение системы, выявляет ее закономерности, предсказывает возможность существования неизвестных дотоле объектов.[1] Ни одна настоящая наука не обходится без типологии. Юриспруденция по самой своей природе привержена систематизации, компиляции и кодификации — уже древнейшие римские законы были сведены в XII таблиц, а Дигесты Юстиниана в систематическом порядке излагали 2 тысячи сочинений около 40 знаменитых юристов.[2] Однако систематизация и интерпретация правового материала в целях практического использования, по-видимому, слишком часто отодвигала на второй план теоретическую типологию, которая в юридической науке редко осознавалась как методологическое средство познания сущности объекта и построения его системной теории. Не составляет исключения и наука о судопроизводстве, типологические представления в которой застыли на уровне отдельных юридических определений, отличаясь при этом пестротой, противоречивостью и отсутствием единой системы. Научная терминология оперирует «формами», «типами», «историческими формами», «видами» и «моделями», среди которых фигурируют «состязательные», «розыскные», «обвинительные», «тяжебные», «инквизиционные», «следственные», «смешанные», «континентальные», «англосаксон-

[1] См.: *Weber M.* Methodologische Schnftcn. Fr./M., 1968; *Mac Kinney J. C* Constructive typology and social theory. N.Y., 1966; *Успенский Б.А.* Принципы структурной типологии. М., 1962; Философский энциклопедический словарь. М, 1983. С. 685.

[2] См.: Дигесты Юстиниана. М, 1984.

ские», «романо-германские», «охранительные» и «гражданские».[1] Попытка системной типологии с притязанием на построение универсальной теории была предпринята в свое время на основе марксистского учения (Н. Н. Полянский, М. А. Чельцов-Бебутов, М. С. Строгович, В. П. Нажимов).[2] При этом объявлялись имеющими значение не столько формы, сколько типы процессов как предельный уровень юридического обобщения, напрямую связанный с политэкономической категорией общественно-экономических формаций.

Характеризуя сущность такого историко-материалистического подхода и его отличие от всех прочих, В. П. Нажимов пишет: «В буржуазной юридической литературе по уголовному процессу, как правило, не дается определения исторического типа уголовного процесса и даже не используется это понятие. Основное внимание уделяется историческим формам процесса: розыскной, обвинительной и смешанной. Вследствие этого указанные исторические формы уголовного процесса нередко рассматриваются и как типы, и как виды уголовного процесса. Такой формальный подход приводит к полному отрыву от исторической действительности, но зато помогает замаскировать классовую сущность уголовного процесса. Советская юридическая наука наглядно и убедительно показала, что главным и решающим понятием является исторический тип уголовного процесса. Это понятие обнажает классовый механизм уголовного процесса, прикрываемый понятием формы».[3]

Понятие типа процесса сделалось, таким образом, неким «архетипом», своего рода «философским камнем» марксистской процессуальной науки, с помощью которого казалось возможным обратить в «золото истины» неупорядоченный фактический материал. Результаты, однако, оказались значительно скромнее. Понятия «рабовладельческого, феодального, буржуазного и социалистического типов» оказались на редкость бесплодными, и дальше констатации их классовой сущности дело не пошло. Более того, признание за ними главенствующей роли объективно содействовало ослаблению внимания к вопросам процессуальной формы, а теория напрямую замкнулась на изучении позитив-

[1] Многие американские авторы считают континентальные уголовно-процессуальные системы розыскными, что равнозначно у них понятию систем инквизиторских или «гражданского права» (См., например: *Фридман Л.* Введение в американское право. М., 1993. С. 60—61).

[2] См.: *Полянский Н.Н.* Основные формы построения уголовного процесса // Учен, зап. Моск. ун-та. Труды юридич. ф-та. 1949. Вып. 145; *Чельцов-БебутовМ. А.* Курс советского уголовно-процессуального права. Т. I, Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. М., 1957; СПб., 1995; *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1958. Гл. XXXIII; *Нажимов В. П.* Типы, формы и виды уголовного процесса. Калининград, 1977.

[3] Курс советского уголовного процесса. Общая часть./ Под ред. А. Д. Бойкова и И. И. Карпеца. М., 1989. С. 368—369.

ного законодательства и практики, сопровождаемом обязательной критикой «формальных буржуазных гарантий». Н. Н. Полянский пошел еще дальше — «уникальность» социалистического (советского) типа он распространил и на его форму, которая, по мысли автора, не может быть отнесена ни к одной из известных исторических форм.' Эту точку зрения разделял и М. А. Чельцов-Бебутов.[2] Благодаря такому подходу вопрос об отношении российского уголовного процесса к состязательному или розыскному типам был надолго «заморожен», а формы его изучались лишь в рамках утилитарно-позитивистских толкований. В поздний советский период (конец 80-х годов) наметился отход от ортодоксальной позиции. Признавая в целом правомерность данной иерархии понятий типа и формы процесса, указывалось на самостоятельную ценность понятия процессуальной формы, которая «выступает инструментом развертывания типологической сущности процесса».[3] С 90-х годов состязательно-розыскная проблематика начинает обсуждаться в литературе.[4] Лейтмотивом дискуссий за редким исключением являлось убеждение в необходимости преодоления розыскных начал в российском уголовном процессе и утверждении здесь состязательности. Однако отсутствие достаточно четкой и полной разработки этих понятий порой приводило к предложениям, не вполне адекватным благим намерениям самих авторов.

Так, например, в качестве образца состязательной модели иногда рассматривается французский тип уголовного процесса,[3] в котором, как ни в каком другом из существующих ныне, сильны рудименты розыскного (следственного) порядка. Авторы «Концепции уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации», напро-

[1] См.: *Полянский Н. Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса. М., 1956. С. 106.

[2] См.: *Чепьцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 23. Напротив, у М.С. Строговича имеются высказывания о том, что к советскому уголовному процессу применимо понятие смешанного, следственно-состязательного (См.: *Строгович М. С.* Уголовный процесс. М., 1946. С. 33—37, 67 и др.).

[3] *Мещеряков Ю. В.* Формы уголовного судопроизводства. Л., 1990. С. 8. Еще раньше, хотя больше в сравнительно-правовом, чем теоретическом ключе, эти вопросы были затронуты в работе: *Боботов СВ.* Буржуазная юстиция. Состояние и перспективы развития. М., 1989. С. 47—74.

[4] См.: *Смирнов А. В.* Эволюция исторической формы советского уголовного процесса и предварительное расследование // Советское государство и право. 1990, № 12. С. 57—63; Концепция уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации // Государство и право. 1992, № 8. С. 46—55; *Петрухин И. Л.. Куцова Э. Ф.* О концепции уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации // Государство и право. 1992, № 12. С. 83—85; *Савицкий В. М.* Уголовный процесс России на новом витке демократизации // Государство и право. 1994, № 6. С. 101—103; *Петрухин И. Л.* Состязательность и правосудие: К 100-летию М.С. Строговича// Государство и право. 1994, № 10. С. 128—137.

[5] См.: *Петрухин И. Л., Куцова Э. Ф.* О концепции уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации , с. 84.

тив, полагают ввести смешанное судопроизводство «охранительного типа», не делая различий между ним и «континентальным» процессом.[1] Тем самым смешиваются различные типологические основания, а главное, не учитываются внутренние различия и тенденции в континентальных системах, не все из которых в настоящий момент могут быть определены как «охранительные». Наконец, сама Российская Конституция 1993 г., требуя осуществлять судопроизводство на основе состязательности (ст. 123), одновременно называет среди субъектов судебной власти, перечисленных в главе VII, и прокурора (ст. 129) — основного носителя функции уголовного преследования, что совершенно несовместимо с состязательным началом.

История повторяется. Подобные недоразумения уже случались.[2] Причина всегда была одна — отсутствие системной теории процессуальных форм, основой которой может быть только их научная типология. До сих пор остается неопределенность даже относительно признаков, отличающих состязательный процесс от розыскного, тем более что сами они отнюдь не являются застывшими категориями, постоянно развиваются и преобразуются. С тех пор как И. Планк в 1857 г. главной чертой состязательности определил *пассивность* суда, а розыскное начало связал с собиранием самим судом доказательств для постановления приговора, то есть с его активностью,[3] мало что изменилось. И сейчас многие авторы продолжают по традиции считать, что «активная роль суда — атрибут инквизиционного процесса».[4] Однако следует иметь в виду, что судебная активность практически во всех развитых демократических странах, в том числе англо-саксонских, где состязательность — почти религия, в XX в. только возрастала. Активность суда при возбуждении уголовного преследования не одно и то же, что активность в установлении истины. Успехи конституционализма, обеспечение подлинного разделения властей делают последнюю задачу для суда допустимой, а укрепление правового государства и усиление социальной защищенности личности — необходимой. Публичная состязательность

[1] См.: Концепция уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, с. 53.

[2] Так, правительство Германии в период общественного подъема 1848 г. объявило в § 46 Основных законов, что в уголовных делах вводится состязательность. Имея в виду реализацию данного обещания и принимая за эталон французский процесс, законодатель принял судебное Уложение, скопированное с наполеоновского Кодекса уголовного следствия 1808 г., который, в свою очередь, во многом повторял следственно-розыскной Большой уголовный ордонанс Людовика XIV. (См.: *Миттермайер К.* Законодательство и юридическая практика в новейшем их развитии, в отношении к уголовному судопроизводству. СПб.. 1864. С. 219—220).

[3] См.: *Plank J.* Systematische Darstellung des deutschen Strafprozessrechts. Gottingen, 1857. S. 175; См. также: *Глазер Ю.* Руководство по уголовному судопроизводству. СПб., 1885. С. 87.

[4] *Петрухин И.Л.* Состязательность и правосудие, с. 130.

постиндустриального периода общественного развития уже не та, что частно-исковая состязательность XIX столетия.

Точно так же плодотворная идея разделения трех функций — обвинения, защиты и судебного разрешения дела — как основного признака состязательности, отличающего его от розыска,[1] не может применяться сегодня без определенного переосмысления, питаемого типологическим развитием самого объекта исследования. В отличие от теории активности, теория разделения функций подразумевает, что состязательность — не отдельный принцип, а форма или тип процесса. В этом смысле все принципы, действующие в рамках данной формы, состязательны, точно так же, как все без исключения принципы противоположной формы — розыскные. Они составляют как бы две отдельные тотальные пирамиды. Но в практической жизни нет пирамид. Это означает, что может происходить смешение состязательного и розыскного начал. Мало того, происходит — и не только на уровне функций, но и на уровне принципов! Например, расследование, где состязательные функции недостаточно дифференцированы, а уголовный преследователь совмещает выполнение обвинительных задач с некоторыми полномочиями судебного характера, нельзя считать насквозь розыскным, если там обеспечивается формальная защита, действует презумпция невиновности, уважаются права личности.

Таким образом, тотальный характер категорий состязательности и розыска имеет и оборотную сторону. Он заставляет задуматься о том, что это лишь идеальные типы, которым трудно сохраниться в реальной действительности в «чистом» виде, и они большую часть своего исторического существования практически пребывали в смешанных формах. Отсюда вытекает необходимость отдельного построения теоретических типологий по разным основаниям, а именно типологии идеальной, построенной на противопоставлении состязательных и розыскных начал, и типологии реальной, морфологической (от *греч.* morphe, — форма), относящейся к форме и внешнему строению действительных объектов. Следовательно, понятие формы — это понятие морфологического типа. Понятие «тип» является более широким и емким, а понятие «форма» — лишь дань научной традиции и юридический эвфемизм понятия типа. Форма потому и называется формой, что она есть внешняя оболочка реального, следовательно, процессуальная форма, как правило, имеет смешанное содержание.

Но как только мы погружаемся в понятие типа, естественно встает вопрос о типичном. Какие признаки достойны быть заключенными в

[1] См.: *Баршев Я. И.* Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству. СПб., 1841; *Случевский В. К.* Учебник русского уголовного процесса. Т. I. СПб., 1895. С. 69—70; *Фойтщкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. СПб., 1996. С. 61; *ТальбергД. Г.* Русское уголовное судопроизводство. Т. I. Киев, 1889. С. 22—28.

«пирамиду» и подвергнуться сравнению? Это порождает прежде всего мысль о развитии — ведь далеко не все, что типично, к примеру, для состязательного процесса раннего средневековья является таковым и для состязательности постиндустриальной эпохи, а розыск при Понтии Пилате — совсем не то, что при Людовике XIV. Более того, архаические формы розыска, как мы увидим в дальнейшем, могут быть не чужды гласности и свободной оценки доказательств, а первоначальная форма состязательности с применением ордалий, напротив, тяготеет к доказыванию формальному. Значит ли это, что «все смешалось в доме Облонских» и никакая типология более невозможна? Конечно нет, если допустить элемент развития, который не может здесь быть ничем иным, как *принципом историзма.* «История — это философия, поучающая фактами» (лорд Г. Болингброк. «Письма об изучении в пользу истории»). Именно «философия» истории, а не история, как таковая, есть суть историзма. Применяя сравнительно-исторический метод для построения типологии, следует помнить, что история интересует нас постольку, поскольку прокладывает дорогу теории. Поэтому наша работа не «по истории», хотя в ней представлен большой исторический материал; это «изучение в пользу теории». Сравнительно-исторический метод играет подчиненную роль по отношению к «большим» типологиям — идеальной и морфологической, но он позволяет развернуть каждую из них в целый ряд *видов,* будь то модификации состязательности и розыска либо английского, германского и французского типов процесса. Однако иерархия видов состязательности, розыска, а также этапов развития национальных систем, будучи сама по себе интересна, представляет ценность не только и не столько в историческом плане. Тенденция, *закономерность развития* — вот настоящая цель исследователя, вот что можно увидеть с вершин типологических пирамид! Теория, выводившая типологию процесса из типов государства и права, а последние — из четырех общественно-экономических формаций, намерена была решить именно эту задачу. Однако она так и не смогла удовлетворительно объяснить, почему одни и те же виды («формы») процесса встречались в разных типологических нишах. Так, розыскной процесс известен и при рабовладельческом (inquisitio, de piano — *лат),* и при феодальном (вотчинный, инквизиционный суд), и при социалистическом строе («судебные тройки» ОГПУ, «особые совещания»), частно-исковой процесс встречался поголовно при всех формациях и т. д. Но если экономический базис и надстройка поступательно развивались, почему «кружился на месте» процесс? Ответ на это был довольно невнятным, он состоял в том, что «.. .одни и те же формы уголовного процесса, конечно, с известными различиями могут иметь место в разные исторические эпохи, но соответственно экономическим формациям их содержание представляется различным».[1]

Чельцов-Бебутов М. А. Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 24.

Другими словами, формы процесса всегда были одни и те же, но вот только служили они разным хозяевам. Столь банальный вывод, кажется, разочаровал даже самого автора, поскольку далее на протяжении восьмисот страниц своей прекрасной работы он дает блистательный анализ не «классовых типов», а именно конкретных процессуальных форм всех времен и народов. А они-то как раз и свидетельствуют, отчего в том или ином историческом контексте менялся процесс, почему оставался прежним или даже деградировал. Этим внутренним критерием может служить, на наш взгляд, *степень социальной и духовной свободы* индивидов, пользующихся «услугами» судопроизводства в том или ином обществе. Свобода связана, конечно, и с экономическим фактором, но, как говорится, «не в деньгах счастье». Степень свободы определяется, в первую очередь, спектром естественных и культурных причин и условий (географических, политических, этнических, религиозных и др.), порою превратностями судьбы и « «зигзагами истории», которые не всегда поддаются строгому логическому объяснению, а тем более предсказанию. Но именно их результирующий вектор составляет понятие *цивилизации.* Широкий цивилизационный тип, свободный от какого бы то ни было монизма, позволяет понять, почему на мусульманском Востоке, несмотря на общую восходящую линию техногенного развития, презрев все «смены формаций», полторы тысячи лет прекрасно себя чувствует шариат, а на Западе в самые разные эпохи неизменно пробуждается спрос на «писаный разум» универсального римского права. «Западный», или либеральный, тип цивилизации отпочковался от общего «восточного» ствола (универсальный «азиатский способ производства», по Марксу) в VI в. до н. э. Начавшись с «греческого чуда» — юридической революции Солона и Клисфена, умудренный ratio scripta римского права, оживленный «варварской» свободой и смирённый Христианством, он обеспечивает, в конечном счете, развитие духовной и политической свободы, периодическое расширение ее социальной базы и поэтому в целом комплиментарен состязательной идеологии. Впрочем, «западный» путь знавал не только античность, Ренессанс и либерализм, он видел также костры инквизиции, «Молот ведьм»[1], опричнину, нацизм и ГУЛАГ. Но приступы врожденной «азиатчины» случались все реже. Более того, он сумел и извечное «восточное» принуждение поставить себе на службу, перековав инквизицию в публичность, а из «повальных обысков» создав суд присяжных. Свобода дается нелегко, но, постепенно прибывая, она (по Гегелю) минует низшую природно-чувственную, «субстанциальную» ступень, достигает степени «свободной субъективности» и «примирения» с природно-чувственным, в том числе и со своей сущностью, со своей социальной истиной. В конеч-

[1] «Молот ведьм» («Malleus maleficarum») — знаменитый трактат конца XV в., катехизисинквизиции.

ном счете, речь может идти о возрастании степени *социсишзации* индивидов, о превращени ее в *эргасоциалъностъ* (от *греч.* ergates — действующее лицо, деятель), то есть такую форму общественной связи, когда развитие Социума обеспечивается не за счет лишения части индивидов определенной доли общественных благ в пользу политэкономической элиты, а благодаря предоставлению каждому максимальных, в первую очередь информационных, возможностей для проявления своей индивидуальности (информационная цивилизация). Индивидуальность прорастает через индивидуализм. Каждой из этих ступеней, как будет показано в дальнейшем, отвечает свой вид состязательного процесса: обвинительный, акционарный (исковой) и т. д. На высшей фазе, совпадающей с «третьей», постиндустриальной волной развития цивилизации (Э. Тоффлер), судебный процесс приобретает новую качественную определенность, постсостязательный вид, в котором активность суда и официальность обвинения не препятствуют социальной открытости (гражданственности), которая составляет теперь новое содержание начала публичности. Формирование этого вида еще только началось, поэтому признаки его, извлекаемые нами индуктивно из национальных форм, не могут претендовать в данной работе на исчерпывающую полноту. Не все свойства этой новой модели можно провидеть через толщу десятилетий, и жизнь неизбежно внесет, в нее свои коррективы.

Одной из главных задач данной работы явилось максимально полное исследование состязательности во всех ее проявлениях, в том числе социально-политических, определение сущности и видов розыска с целью конкретизации его роли в историческом процессе и реального места в процессе юридическом. Связующим мостом между общественным и юридическим является понятие метода правового регулирования. Трехсторонний *арбитральный* метод лежит в основе состязательного производства, имея в нем доминирующее значение. Естественной социальной средой для него является свобода и автономия индивидов. Розыскной же процесс происходит от метода власти - подчинения (административного, императивного), одолженного судопроизводством у сферы управления. Его употребление обычно связано с авторитарными социально-политическими тенденциями, хотя вектор самой авторитарности (Юлий Цезарь, Петр I, Наполеон Бонапарт и т. п.), как показывает история, не всегда может быть оценен однозначно. Так, со временем правления названных исторических деятелей в той или иной мере были связаны известные отступления от состязательности (imperium gladii римских преторов с I в. до н. э., Краткое изображение процессов 1715 г., Кодекс уголовного следствия 1808 г.), которые были, однако, исторически оправданны, способствуя в конечном итоге общему цивилизационному развитию. Это не апология «инквизиционного» начала, но... «все к лучшему в этом лучшем из миров», а История, как нам кажется, не

знает не только сослагательного, но и изъявительного наклонения. Розыскной процесс в качестве ведущей модели появился тогда, когда это было необходимо, и сошел со сцены, когда у Общества отпала в нем нужда. Но и по сей день, розыскной элемент неизбежно присутствует в любом морфологическом типе, и поэтому ему требуется, пользуясь известным выражением канцлера А. М. Горчакова, «не анатомия, а автономия», то есть задача состоит в том, чтобы найти розыску место, адекватное конкретно-историческому значению административного метода регулирования.

XXI век скорее всего явится свидетелем больших перемен в порядке судопроизводства. Уголовная юстиция нуждается в новой философии и стратегии борьбы с преступностью,[1] и они могут быть обретены ею через переосмысление и развитие состязательных идей в соответствии с новыми требованиями времени. Было бы неправильно видеть в постсостязательной модели, предлагаемой нами на суд читателя, символ одряхления либеральной демократии либо ослабления борьбы с преступностью. Напротив, она будет воплощением эффективного социально-правового контроля, но контроля истинно публичного, не пытающегося в бурном водовороте общей борьбы с криминалом заодно ловить и «рыбку» своекорыстных интересов политэкономической элиты.

Можно предполагать также, что в соответствии с духом новой информационной цивилизации (постиндустриализма) изменится и сам способ реформирования судопроизводства. В этом отношении обнадеживает та своего рода «конституционная революция», первые признаки которой мы наблюдаем в решениях Конституционного Суда России. По существу эта практика способна стать новым путем движения судебной реформы, альтернативным традиционному законодательному, основанному на разработке и утверждении в качестве законов «кабинетных» проектов. Эта альтернатива означает, что изменения в праве сначала происходят «снизу», через судебные прецеденты, модернизирующие и выправляющие ошибочные законы. Каждое такое решение непосредственно затрагивает интересы многих людей и потому подвергается особенно активному общественному дискурсу в отличие от вялых обсуждений законопроектов на страницах специальных журналов. Реформа варится в котле судебно-следственной практики. Она постепенна и потому нерасточительна. Возможно, именно к такому пути подталкивает нас жизнь, а быть может, и само Провидение. В этом случае резко возрастет роль процессуальной теории, которая должна превратиться в подлинную социологию юридических форм, ибо сама по себе практика, не имеющая четких научных ориентиров, рискует увлечься ложным блеском абстрактных стереотипов. Теория должна дать ей исходные модели,

Лунеев В. В. Преступность XX века. М., 1997. С. 459.

учитывающие конкретные социальные закономерности. Не исключено, что эти модели превратятся в законопроекты, а те в законы. Однако идеи, положенные в основу этих законов, будут испытывать постоянное корректирующее воздействие общественного дискурса, институируемого через авторитетные судебные решения. На основе высоких научных идей посредством своеобразного прецедентного права справедливости, выверяющего практикой «ученые» законопроекты, и будет создаваться грядущее Правосудие.

Раздел I

ПОНЯТИЕ МОДЕЛЕЙ, ТИПОВ И ВИДОВ ПРОЦЕССА

ПРОБЛЕМА ИДЕАЛЬНОЙ И МОРФОЛОГИЧЕСКОЙ ТИПОЛОГИЗАЦИИ СУДОПРОИЗВОДСТВА

Понятие модели процесса отражает практический подход к построению судопроизводства, ибо модель (от *лат.* modutus — мера, образец) — это прежде всего образец для его практического воспроизводства. Модель — понятие широкое, объемлющее любой образец или схему, независимо от степени ее общности. В теоретическом плане понятие модели может быть представлено в общенаучных категориях типа и вида. Понятие *типа* в современной науке неразрывно связано с понятием *типологии,* то есть метода научного познания, в основе которого лежит расчленение систем объектов и их последующая группировка с помощью обобщенной, *идеализированной* модели, или типа. Типология служит одним из важнейших средств познания объекта и создания его теории. В научном познании применяются различные ее формы. В частности, различают идеальную, морфологическую и сравнительно-историческую типологии.[1] Метод *идеальных* типов — это создание абстрактных конструкций, предельных логических понятий, не имеющих прямого аналога в реальности и используемых для исследования причин и характера отклонений исторической действительности от идеальной модели. Напротив, *морфологическая* типология предполагает поиск некоего реального архетипа, являющего собой «план строения» входящих в изучаемую систему объектов.[2] Архетип служит как бы исходной точкой, образцом для выработки производных форм, составляющих все многообразие реальных проявлений исследуемого феномена. Вместе с тем важно подчеркнуть, что любой тип, в том числе и морфологический, есть всегда в той или иной степени упрощенная модель действитель-

[1] См.: Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 685.
[2] Там же.

ности. Однако упрощение упрощению рознь. Если для идеальных типов оно состоит в конструировании логической фикции, нигде не воплощенной в чистом виде, то при морфологической типологии упрощение удовлетворяется лишь тем, что в характеристике архетипа опускаются случайные и второстепенные детали, прочее же существует в реальности.

Дополняя идеальную типологизацию *сравнительно-историческим* методом, получаем наряду с *типами* исследуемого явления понятие его *видов*. Идеальные конструкции нельзя считать изолированными от реальной жизни — иначе они были бы абсолютно бесполезны. Идеальные типы потому и называются идеальными, что в основе их лежит некая логическая абстракция. Но это *существенная* логическая абстракция, она отражает объективные закономерности генезиса предмета в форме, отвлеченной от поворотов и зигзагов исторического процесса, теоретически свободной от всего случайного и второстепенного. Тем не менее даже в очищенном и спрямленном (идеальном) виде объективные закономерности предмета не исключаются из общего потока развития. Поэтому идеальные типы меняются по мере развертывания исторического процесса, обретая новую качественную определенность на каждом его витке. Тем самым идеальный тип насыщается новыми признаками, а значит, конкретизируется применительно к различным этапам своего развития. Сравнение признаков этих исторических этапов и приводит к понятию видов.

В теории судопроизводства в качестве идеальных типов фигурируют понятия *состязательного и розыскного* процессов. Ни одна реальная уголовно-процессуальная система не знает состязательных или розыскных процедур в их абсолютно чистом виде. Каждый позитивный порядок процесса, в отличие от идеального, есть результат исторических наслоений, воплощающий в той или иной степени обе названные модели.

Никакой тип не может слишком долго оставаться в первозданной чистоте уже по той простой причине, что он существует в реальном мире, где все взаимосвязано и подвержено взаимному влиянию.[1] В дальнейшем будет показано, что даже такой, казалось бы, нерушимый оплот состязательности, как английское судопроизводство, на поверку обнаруживает черты исторического родства с инквизиционными процедурами средневекового французского процесса XV—XVI вв., более того, фактически продолжает нести в себе в скрыто-рецессивной форме розыскную составляющую.

[1] «Всякий положительный процесс. — писал И. Я. Фойницкий, — есть продукт исторических наслоений, совмещающий оба порядка, и в чистом виде действительности неизвестен ни розыскной, ни состязательный порядок, так как всякий положительный процесс складывается из институтов того и другого» *(Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 61).

Вычленяя множество реально существующих или существовавших в прошлом режимов судопроизводства, мы переходим от *общего* — понятия *идеальных* типов и их видов — к особенному и отдельному, от внутреннего — к внешнему, то есть получаем понятие *форм процесса*. С точки зрения типологии, эти формы, строго говоря, также представляют собой типы судопроизводства, но не отвлеченно-идеальные, а реальные. Говоря о формах судопроизводства, мы имеем в виду не идеальный, а морфологический принцип типологизации и морфологическую систему типов, предмет которой — действительность, а не абстракция. Следует различать *исторические* и *легислативные* формы процесса.

Исторические формы — это архетипы реального судопроизводства, его первоисточники и эталоны. Они — квинтэссенция, основное содержание конкретных форм процесса, исторически развившихся в определенных странах и оказавшихся настолько удачными, что послужили образчиками для других народов. В юридической литературе советского периода под *историческими формами* обычно понимали триаду: состязательный, розыскной и смешанный процессы,[1] иногда добавляя сюда в качестве самостоятельного члена обвинительную разновидность.[2] При этом понятию формы обычно противополагалось понятие *типа* судопроизводства,[3] призванного, по мысли авторов, отражать классовые тип и сущность государства и права (рабовладельческий, феодальный, буржуазный, социалистический). Правда, так и осталось неясным: какая конкретно форма соответствует социалистическому типу процесса? Первоначально М. С. Строгович[4] и Н. Н. Полянский[5] совершенно точно характеризовали его как смешанный. Вскоре, однако, выяснилось, что советский процесс неудобно (и небезопасно) именовать таким образом — ведь термин «смешанный» расшифровывается как состязательно-розыскной, а официальная идеология того времени не могла примириться с утверждением, что «самое прогрессивное» социалистическое правосудие хоть на йоту может быть сродни инквизиционному процессу. Советский процесс был признан социалистическим, без обсуждения, к какой форме он относится.[6] По-видимому, именно тогда было изобретено понятие *исторической* формы судопроизводства, призванное отодвинуть этот щекотливый вопрос в раздел истории процессуальной науки. То, что в советский период причисляли к исторической

[1] См.: *Нажимов В. П.* Типы, формыи виды уголовного процесса, 1977. С. 31.

[2] См.: *Полянский Н. Н.* Вопросы теории советского государства и права, с. 21—24; *Мещеряков Ю В.* Формы уголовного судопроизводства, с. 16.

[3] См.: *Полянский П. Н.* Вопросы теории советского государства и права, с. 19—21, *Нажимов В. П.* Типы, формы и виды уголовного процесса, с. 31.

[4] См.: *Строгович М. С.* Уголовный процесс. М., 1946. С. 37.

[5] См.: *Полянский Н. Н.* Основные формы построения уголовного процесса, с. 51.

[6] См.: *Полянский Н. Н.* Вопросы теории советского государства и права, с. 41—50.

форме — состязательные и розыскные элементы, — в настоящей работе, напротив, считается внутренним содержанием судопроизводства. Более заслуживает, на наш взгляд, называться исторической формой реальность, которая сформировалась в разных странах и регионах в результате *конкретно-исторического* процесса. Отчетливо выделяются четыре базовых, или *исторических, формы* уголовного процесса, которые можно определить как английская, французская, германская и шариатская (мусульманская). Кроме того, в отдельных регионах, в основном там, где продолжают существовать традиционные общества, — до сих пор сохраняются и некоторые иные, реликтовые формы судопроизводства, ведущие свое начало с архаических времен. Названные формы, в отличие от идеальных типов и видов, вполне реальны.

Производными от этих форм-архетипов являются режимы судопроизводства, существующие в отдельных странах, или, иначе говоря, *легислативные формы* процесса (от *лат.* legis — *закон и latus — внесенный, установленный, то есть введенный нормами права конкретных государств)}* Легислативные формы не вполне совпадают с историческими, так как испытывают на себе влияние конкретно-исторических условий (социальных, политических, этнических и др.), в которых они возникли и существуют. Возможны уклонения легислативных форм от первоначального архетипа, вплоть до перехода в другую морфологическую нишу. Истории известны примеры настоящей территориальной экспансии отдельных исторических форм — рецепция римского права, победный марш французской модели судопроизводства по континентальной Европе на штыках наполеоновских дивизий и т.п. Тем не менее легислативные формы, будучи объективно детерминированы местными условиями, имеют тенденцию возвращаться в лоно своего природного архетипа и способны окончательно ему изменять только при существенной смене исторической обстановки.

Элементы состязательного и розыскного типов процесса и признаки отдельных его видов сосуществуют в исторических и легислативных формах, сочетаясь в различных пропорциях. Поэтому всякий раз, когда речь заходит об этих формах, мы, по существу, говорим о процессе *смешанном.* Понятие смешанного процесса традиционно рассматривается в юридической литературе как принадлежность идеальной классификации процессов, когда смешанное производство ставится в один ряд с состязательным и розыскным типами.[2] Однако построить *идеальную* модель смешанного судопроизводства

[1] Называя процессуальные архетипы также историческими *формами* судопроизводства, мы стремимся подчеркнуть их общую природу с легислативными судебными формами.

[2] См., например: *Мещеряков Ю. В.* Формы уголовного судопроизводства, с. 7.

практически невозможно: ведь образец, «план строения» для нее всякий раз приходится заимствовать из реальной жизни. Пропорции сочетания состязательных и розыскных элементов в смешанном процессе не могут быть заданы умозрительно, ибо объективно они всегда определены внешними конкретно-историческими условиями. Поэтому понятие смешанного процесса восходит не к идеальной, а к морфологической типологии, то есть к категории форм судопроизводства. Смешанный процесс может быть описан только в рамках морфологической классификации. И наоборот, как исторические формы-архетипы, так и национальные легислативные формы всегда представляют собой смешанный процесс, по крайней мере, в современном мире. Поэтому теоретическая типология смешанного процесса совпадает с морфологическими архетипами, то есть с историческими формами судопроизводства.

521567

публичная библиотека
им. В.В.ЗИашговского
С-Неторбург, заб. р.Фоятанки 44/46

Раздел II
СОСТЯЗАТЕЛЬНЫЙ ПРОЦЕСС

Глава 1
ПОНЯТИЕ СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ. ЕЕ ЮРИДИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ

Понятие состязательного процесса толкуется в юридической литературе по-разному. Довольно часто в качестве синонима слова «состязательный» используется термин «обвинительный».[1] Однако, на наш взгляд, понятие состязательного процесса значительно шире, оно включает в себя ряд видов судопроизводства, в том числе и обвинительный.

Состязательный процесс — продукт идеальной типологии. Тем не менее состязательная модель необходима *практически.* Выше уже говорилось, что чистый состязательный уголовный процесс как целостная система в реальности не существует, но отдельные его элементы присутствуют в рамках конкретных форм судопроизводства, совершенно реальны и подчиняются закономерностям, описываемым состязательной моделью. В современном уголовном процессе состязательные «хромосомы» имеют доминантное значение, а данная модель играет также роль эталона, своего рода политического критерия демократичности, цивилизованности и справедливости судопроизводства.

Идеальный *состязательный тип* уголовного процесса характеризуется следующими коренными признаками:

1. Наличием двух противоположных *сторон* обвинения (уголовного преследования) и защиты. Это необходимо постольку, поскольку для всякого состязания нужны, как минимум, два конкурирующих субъекта.

2. Процессуальным *равноправием* или *равенством* сторон, ибо состязание можно считать справедливым только тогда, когда противоборствующие стороны находятся примерно в одной «весовой категории», то есть обладают сравнимыми «стартовыми» возможностями для защиты своих законных интересов.

[1] См.: *Викторский С. И.* Русский уголовный процесс. М, 1997. С. 15; *Нажимов В. П.* Типы, формы и виды уголовного процесса, с. 31.

3. Наличием *независимого* от сторон суда, так как справедливое состязание немыслимо без нейтрального арбитра. Из тезиса о независимости суда вытекает, во-первых, что в состязательном процессе суд не может принимать на себя осуществление ни обвинительной, ни защитительной функции. Он приступает к делу лишь по обвинению, представленному уголовным преследователем, и не вправе выходить за рамки, очерченные в обвинении. Из этого следует второй очень важный вывод: главной движущей силой состязательного процесса является не инициатива суда, а *спор* сторон по поводу обвинения. Nemo nisi accusatus fuerit, condemnari potets *(лат.)* — никто не может быть осужден без соответствующего обвинения — одно из важнейших правил состязательности, сформулированное еще Цицероном. Независимость суда, в-третьих, означает, что не только суд не вправе выполнять функции сторон, но и ни одна из сторон не может брать на себя даже малую толику судейской функции. В противном случае суд не был бы строго отделен от данной стороны, а сторона становилась сама себе судьей. Nemo unquam judicet in se *(лат.)* — никто не должен быть судьей в своем собственном деле — гласит еще одна старинная заповедь состязательного процесса. Как будет показано в дальнейшем, все прочие принципы состязательного судопроизводства логически выводятся из названных характеристик.[1]

Итак, три признака — наличие сторон, их процессуальное равенство и независимость отделенного от сторон суда— самодостаточны для состязательности. Если эти признаки собраны воедино, перед нами, без сомнения, — состязательная модель процесса. Таким образом, состязательность можно *юридически* определить как такой *идеальный тип процесса, в котором спор равных сторон разрешается независимым судом.*

Всякий юридический порядок есть результат применения к неким общественным отношениям определенных методов правового регулирования. Выбор метода определяется спецификой объекта регулирования, но в большей степени — наличными общественными целями и потребностями. Не составляют исключения и состязательные процедуры. Раскрытие порождающего их метода способно не только пролить свет на юридическую сущность состязательности, но и дать ключ к пониманию социальных и политических условий ее существования.

Принято считать, что в судопроизводстве действуют в различных сочетаниях два метода правового регулирования — *императивный* и

[1] И. Я. Фойницкий, немецкий ученый К. Биркмайер и др. также указывали на близкие к названным черты состязательного процесса: наличие сторон, их равенство И освобождение суда от процессуальных функций сторон *(Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 63 —64; *BirkmeyerK.* Das deutsche Strafprozessrcecht. Berlin, 1898). Однако последний признак все же точнее, на наш взгляд, выводить из независимости суда как более общего положения.

диспозитивный, или, как их еще иногда называют, методы власти — -> подчинения и усмотрения сторон.' Традиционно полагают также, что в уголовном процессе преобладает императивный метод,[2] хотя высказана и точка зрения о том, что состязательность есть проявление одного только диспозитивного метода.[3] Безусловно, оба названных метода имеются в арсенале уголовной юриспруденции. Можно согласиться и с тем, что удельный вес императивного начала здесь неизмеримо выше, нежели диспозитивного.1Это продиктовано особой серьезностью объекта правового регулирования — общественных отношений, связанных с вопросом о совершении *преступления* и потому требующих весьма решительного и твердого вмешательства. Однако сведение правового регулирования лишь к двум названным методам не учитывает всей специфики процессуальных отраслей и является, по сути дела, перенесением на процессуальную почву форм воздействия на общественные отношения, которые типичны для материального права. В состязательном процессе центральный метод правового регулирования иной. Он заключается в таком способе построения отношений участников процесса, когда при решении наиболее значимых юридических вопросов между ними стоит независимый и беспристрастный арбитр. Поэтому данный метод регули- ^_рования следует назвать *судебным,* или *арбитральным.*^ Важно подчеркнуть, что при его использовании ни одна из сторон не имеет непосредственной власти над другой. Принуждая обвиняемого, например, к тому или иному ограничению свободы, обвинитель, как правило, вынужден обращаться к суду за соответствующим разрешением. Точно так же обвиняемый, добиваясь отмены принудительных 1_мер, может действовать через суд. Все это мало напоминает деятельность «по приказу». Но, может быть, сам суд, принимая властное решение, действует императивно? Вспомним, однако, что при императивном методе субъект властных полномочий управляет ситуацией, пытаясь достигнуть целей, стоящих непосредственно перед ним.

' Императивный метод {*от лат.* impero — приказывать, повелевать) предполагает такое построение правоотношений, когда распоряжения уполномоченного субъекта обязательны для исполнения другими лицами. Сущность и назначение этого метода в правовом регулировании состоит в *управлении* уполномоченным лицом юридической ситуацией для достижения стоящих перед ним целей. Диспозитивный метод (от *лат.* dispositio — распоряжение, усмотрение) — это такой способ формирования правоотношений, когда субъект или субъекты сами устанавливают свои права и обязанности в правоотношении либо реализуют свои законные права исключительно по собственному усмотрению. Они никому не обязаны давать отчет в выборе того или иного варианта своего поведения.

[2] См.: Курс советского уголовного процесса. Общая часть. / Под ред. А. Д. Бойкова и И. И. Карпеца, с. 64—66.

[3] См.: *Александров А. С.* Диспозитивность в уголовном процессе. Автореферат канд. дисс. Нижний Новгород, 1995. С. 15.

[4] См.: *Вандышев В. В., Дербенев А. П., Смирнов А. В.* Уголовный процесс. Часть I. Общая часть уголовного процесса и досудебные стадии. СПб., 1996. С. 9—10.

Иное дело, когда он принимает то или иное решение по требованию стороны. Эта сторона добивается здесь своей цели, это она активно участвует в управлении ситуацией/Требуя от суда законного реше-1 ния, сторона почти так же властно воздействует на суд, как и суд на данную сторонууДля подобного способа взаимоотношений уже тесны рамки императивно-командной схемы. Участники процесса в свогос_т2еб(№ащиях_п2дчиняются не один другому, но лишь правовым Hopj^aM^ Значит, в основе взаимоотношений, в том числе «обвинитель — обвиняемый», лежит в данном случае не метод власти-подчинения, а нечто иное. Нельзя здесь обнаружить и признаков диспозитивного регулирования, так как решение принимается не по свободному усмотрению сторон, а согласно мнению суда. Но и сам суд в значительной степени связан позицией сторон и представленными ими доказательствами и потому также не может быть признан абсолютно свободным (диспозитивным) в принятии решения. Волеизъявление сторон, будучи опосредовано мнением и волей арбитра, направлено друг к другу не «по горизонтали» (как это было при диспозитивном регулировании) и не «по вертикали» (что характерно для императивного метода), а как бы по дуге. В рамках этого метода сохраняются одновременно и равноправие сторон, свойственное диспозитивности, и властный характер отношений, заимствованный у императивного метода. Арбитральный метод как бы диалектически «снимает» низшие методы, преобразуя их в качественно новый сплав./Описываемый метод — своего рода система сдержек и противовесов в состязательном судопроизводстве.[1] Такое правовое регулирование приводит к появлению трехсубъектного правоотношения с участием суда.

В концепции процесса как юридического отношения, выдвинутой немецкими юристами XIX в. (Бетман-Гольвег, Бюлов, Криз, Колер),[2] состязательный процесс в целом рассматривался как трехстороннее публично-правовое отношение, участника-

[1] Представляется, что арбитральный метод решения дел может использоваться и в отсутствие состязания сторон. Например, назначение конкурсного управляющего при процедуре принудительной ликвидации предприятия-должника не связано с наличием спора кредиторов с несостоятельным должником и между собой. Не может здесь идти речь и о равноправии сторон — кредиторов и ликвидируемого предприятия-должника и тем более о равноправии самих кредиторов, для которых существует понятие очередности. Цель введения конкурсного управления — не разрешение спора сторон, а *соразмерное* удовлетворение требований кредиторов и объявление должника *свободным от долгов,* а также *охрана сторон* от неправомерных действий в отношении друг друга (ст. 15 Закона РФ от 19 ноября 1992 г. «О несостоятельности (банкротстве) предприятий»). Тем не менее в этом случае налицо все признаки арбитрального метода: многосубъектность, наличие арбитра-управляющего, определяющего список претензий и очередность их удовлетворения, отсутствие прямой подчиненности сторон — предприятия-должника и кредиторов друг другу в сочетании с общим властным характером отношений; взаимность прав и обязанностей всех субъектов правоотношений. Таким образом, понятие арбитрального метода шире понятия состязательности.

[2] См., например: *Kohler.* Der Prozess als Rechtsverhaltnis.

ми которого являются стороны обвинения и защиты, а также суд. Представляется, что эта теория не вполне обоснованно переносит акцент с метода на предмет правового регулирования. Трехстороннее правоотношение есть *результат* применения основного (но не единственного!) для состязательного процесса метода регулирования. Потому это отношение можно считать здесь центральным, но не всеобъемлющим, а понятие процесса неравнозначно понятию трехстороннего правоотношения. Такое смещение понятий с действия на его результат послужило основанием для упреков теории трехстороннего отношения в статичности, в том, что она не отражает реального положения процесса как динамической деятельности, не объясняет официального начала в деятельности прокуратуры и даже суда. Но критики данной теории, отвечая на свои вообщем-то правильные вопросы, «вместе с водой выплескивают и ребенка». Отвергая трехстороннее отношение, они перечеркивают и *взаимность* правовой связи его участников: суд и прокурор в их трактовке «перестали» быть связанными какими-либо обязанностями перед обвиняемым и защитником, а обвиняемый из субъекта правоотношений снова превратился в объект исследования. Отсюда легко делается вывод об отсутствии равенства сторон в уголовном процессе, а значит, о его несостязательном характере, единстве задач суда и прокуратуры.[1] Не случайно, в немецкой процессуальной науке ставится вопрос о чисто внешнем, чуть ли не декоративном значении состязательной формы.

Правильнее поэтому было бы говорить о трехстороннем (арбитральном) *методе* регулирования процессуальных отношений. Это не исключает официальности в действиях уголовного преследователя, а в некоторых случаях даже судей (истребование ими по собственной инициативе доказательств и т.п.), поскольку официальность здесь является результатом применения в состязательном процессе другого, императивного начала.

Арбитральный метод уместен в первую очередь там, где рассматривается главный вопрос уголовного дела — о виновности и уголовной ответственности. Причем он имеет настолько большое значение, что необходимость в арбитральном методе не зависит от того, в каком положении находится его рассмотрение — в предварительном (предъявление первоначального обвинения) или окончательном (судебное разбирательство по окончательному обвинению). Для предъявления первоначального обвинения судебная форма не менее актуальна, чем для судебного разбирательства, и притом исключительно своевременна — ведь именно в процессе предварительной подготовки закладывается основная доказательственная база по делу. Здесь особенно важно обеспечить всесторонность и полноту собираемых доказательств, ибо при окончательном судебном разбирательстве делать это обычно уже слишком поздно. Отсюда вытекает состязательный принцип свободного доступа к правосудию. Он означает, что ни одна из сторон и ни при каком положении дела не может быть лишена по усмотрению другой стороны или какого-либо иного участника

[1] См.: *Wax A.* Stractur des Strafprozesses. 1914. S. 7—19.

[2] См.: *Heinze R.* Dispositionsprmzip und Offizialprinzip. Verhandlungsform und Untersuchungsfonn. 1876. S. 33.

процесса права на состязательное, с участием независимого суда, рассмотрение вопроса об уголовной ответственности. Так, с точки зрения состязательности, неправомерно предъявление лицу официального обвинения одним только обвинителем, без участия в этой процедуре судебного органа. Но в силу того же принципа свободного доступа к правосудию и обвинитель не может быть лишен права предъявлять в суде обвинение. Поэтому арбитральный метод препятствует обжалованию акта предъявления обвинения (как первоначального, так и окончательного). Это, примерно, то же самое, что пытаться воспретить подачу иска или назначение судебного заседания. Естественной формой рассмотрения возражений против обвинения является судебное разбирательство дела по существу, иное означало бы отказ в правосудии. Поэтому недопустимо, с точки зрения арбитрального метода, обжалование решений о предъявлении первоначального обвинения, передаче дела в судебное разбирательство и его назначении.[1] Потерпевший также не может быть лишен права на доступ к суду и права на судебную защиту по усмотрению публичного обвинителя или даже самого суда. Значит, арбитральный метод должен применяться и там, где публичным обвинителем или судом выносятся решения, препятствующие спору, движению дела, — об отказе в возбуждении, о прекращении, о длительном отложении или приостановлении дела и т. п. При этом естественной формой для обжалования действий публичного обвинителя может служить обращение в первую судебную инстанцию (к следственному судье, в следственную камеру суда первой инстанции и т. п.), а для обжалования отказных решений судебного органа больше подходит апелляционная форма пересмотра (судебная палата, обвинительная камера апелляционного суда и т. п.).

Если рассмотрение вопроса об уголовной ответственности заслуживает применения арбитрального метода, то справедливый спор по этому вопросу, в свою очередь, предполагает полную информированность сторон о доказательствах, которые могут быть использованы для принятия судом решения. Это можно обеспечить также лишь с помощью арбитрального метода регулирования. Поэтому легализация информации в качестве судебного доказательства должна проводиться перед лицом судебного органа и по мере возможности в присутствии сторон.

С помощью судебного метода должны также решаться вопросы о применении процессуального принуждения, ибо в состязательном процессе стороны равны и поэтому ни одна из них не вправе довлеть

[1] Например, в немецком уголовном процессе определение, которым открыто судебное разбирательство, не может быть обжаловано подсудимым, а вот на определение, которым отказано в открытии судебного разбирательства, прокуратура вправе принести срочную жалобу (§210 УПК ФРГ).

над другой. Вопросы, связанные с принудительным воздействием, там, где позволяет время, решаются в судебном заседании (об аресте обвиняемого, помещении его в психиатрическую лечебницу для производства экспертизы), в неотложной же ситуации — в форме обжалования уже состоявшихся действий (обыск, выемка) или ревизионного заслушивания лица, к которому применено принуждение (задержание). Обжалование прочих решений или принятие их в состязательной форме излишне и нецелесообразно, ведет к неоправданному ограничению судом самостоятельности публичного обвинителя и волоките. Так, например, вполне допустимо императивное регулирование проведения публичным обвинителем следственных действий (допросов, осмотров и т. д.), направленных на собирание доказательственной информации, необходимой для предъявления первоначального обвинения; вынесения большинства управленческих решений в уголовном процессе (о принятии дела к производству, направлении его по подследственности, о направлении следственных поручений и т. п.).[1] Диспозитивным методом можно ограничиться при решении вопросов о реализации частными лицами — участниками процесса своих прав (по обжалованию решений государственных органов, ознакомлению с материалами дела), при регулировании отношений обвиняемого и защитника и т. д.

Итак, не требуется применения арбитрального метода для решения только тех вопросов, которые не связаны с проблемой уголовной ответственности, в том числе с легализацией доказательств, а также с принудительным воздействием одной из сторон на другую.

Почему же состязательное судопроизводство нуждается именно в трехсторонней конструкции главного метода регулирования? Объяснение этому факту состоит, на наш взгляд, в том, чтоДтот метод является отражением той социальной действительности, в которой только и возможен состязательный процесс. Стороны, прибегающие к состязательному суду за разрешением дела, в реальной социальной жизни *автономны* и в известном смысле *равны* друг другу. Более того, даже государство, действующее в процессе в лице суда, органов уголовного преследования, прибегает к самоограничению своей власти, выполняя требования прочих участников процесса и тем самым как бы добровольно становясь «на одну доску» со своими подданными или гражданами. Здесь уместно обратиться к тому, что Гегель называл «свободной субъективностью» индивидов. Государство, допускающее рядом с собой эту субъективную свободу, то есть право граждан на жизнь «по собственному разумению и собственному хотению», выступает, по Гегелю, как форма баланса, или согласования

[1] Исключение составляют те управленческие решения, которые влекут за собой фактический отказ в осуществлении права на доступ к правосудию — о приостановлении производства по делу и отложении его рассмотрения на длительные сроки.

интересов индивидов.[1] В идеале это государство, «понимающее права личности», то есть государство членов гражданского общества. Однако речь идет не только о правовом государстве — продукте современной цивилизации либерального типа. «Свободная субъективность» отличала также древних греков и римлян, античная цивилизация которых создала классические образцы судебной состязательности. Как свидетельствует история, индивидуальная свобода, рождающая состязательный тип судопроизводства, иногда может быть присуща даже народам, находящимся на начальных этапах развития цивилизации и государственности.

Так, например, у римского историка Тацита читаем о том, что чувство «дикой гордой независимости, соединенное с суеверием и воинственностью» особенно отличало национальный характер древних германцев. Жизнь большими общинами была им просто невыносима.[2] Можно вспомнить здесь и гегелевское замечание о «суровости себялюбивой души, настаивающей на своей *единичности* — этой узловатой дубовой сердцевины германской души».[3] Подобная индивидуальная свобода, граничащая с «дикостью грубой чувственности», не могла примириться ни с каким иным режимом судопроизводства, кроме как с состязательным процессом в его «варварской» обвинительной версии, что мы и видим прежде всего у древних германцев — франков, бургундцев, англосаксов, норманнов и т.д., а также у славян и кельтов. Впрочем, в истории многих других народов случались периоды стабилизации и либерализации общественной жизни, которые также сопровождались, как правило, переходом к состязательным формам судопроизводства.

Итак, состязательный процесс неизбежно появляется там, где так или иначе признается определенная индивидуальность личности, ее субъективная свобода. Это не обязательно связано с демократическим политическим режимом, но непременно — с балансом политических сил в обществе. Баланс чаще всего основан на согласии, иногда на силе, но всегда включает элемент автономии (экономической, политической) потенциальных участников судебного спора. Автономия не означает их фактического равенства — она лишь осложняет прямое давление одной стороны на другую в споре, что побуждает их обращаться за посредничеством к государству в лице судьи-арбитра.

С учетом изложенного социально-юридическая характеристика понятия состязательности может выглядеть следующим образом: состязательность — это такой идеальный тип судопроизводства, который основан на судебном методе правового регулирования, свободе и автономии участников процесса.

[1] См. об этом: *Шаймухамбетова Г. Б.* Гегель и Восток. Принципы подхода. М.. 1995. С. 189—190.

[2] См.: *Тацит.* Ann., liv. XV, § 16.

[3] *Гегель.* Философия истории. // Сочинения. Т. 8. М.; Л., 1935. С. 386.

Глава 2

ВИДЫ СОСТЯЗАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА И ИХ СОЦИАЛЬНО-ПОЛИТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ

§1. ВИДЫ СОСТЯЗАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА И СТЕПЕНЬ ОБЩЕСТВЕННОЙ СВОБОДЫ

Сравнительно-исторический анализ показывает, что состязательные начала могут проявлять себя в процессе по-разному — в зависимости от внутренних условий и социально-психологического уровня того или иного общества. Если общей предпосылкой, способствующей появлению процесса состязательного типа, является наличие определенной социальной свободы и автономии индивидов в обществе, то специальными условиями, порождающими различные *виды* состязательного процесса, служат *степени* этой свободы. Причем, говоря о свободе, нельзя не учитывать субъективной стороны данного понятия, ибо свобода есть не просто объективная автономность субъекта, но и осознание им своей автономности как *самостоятельности.* То, что Гегель называл «субстанциальной свободой», будучи первой, «природно-чувственной» ступенью духовного развития индивида, в области судопроизводства создает предпосылки для низшей разновидности состязательности — *обвинительного* процесса. Эта степень свободы индивида характеризуется тем, что уже есть субъект, индивид, осознающий себя как нечто отдельное от «чисто природных образований», но для которого религиозные предписания и законы являются чем-то «в себе» и «для себя», не имеющим отношения к внутреннему миру индивида, его совести. «Такие законы вовсе не нуждаются в том, чтобы соответствовать собственной воле субъектов».[1] Дух индивида повинуется здесь не столько *внутреннему убеждению,* сколько обязанностям члена «священной общины».[2] Подобное состояние субъективности характерно для обществ, где разделенность духовного начала и начала природно-чувственного еще нечетка и несовершенна.

«Свободная субъективность», обладающая сознанием своей самостоятельности, самоопределением в морали, иначе говоря «свобода духа», есть необходимая предпосылка для появления *искового* судопроизводства, основанного на сознательной активности сторон и внутреннем убеждении суда. *Первое,* что необходимо для становления «свободной духовности», а значит, и социального развития вообще, это противопоставление индивидом себя природно-чувственно-

[1] *Hegel.* Die Vernunft in der Geschichte. B., 1966. S. 243.
[2] Там же.

му, *второе,* и главное, — это примирение с природно-чувственным «посредством и на основе этого раздвоения», причем примирение «не только с природой, но и со своей сущностью, со *своей* истиной».[1] На социальном уровне такое «примирение» с реальностью «требует разумного устроения государства, создания основанных на соответствующих природе человека разумных форм социализации».[2] Соответственно, в области устроения судопроизводства речь пойдет о двух модификациях искового процесса — частно- и публично-исковом. В случае частно-искового процесса уровень социализации («примирения со своей сущностью», в гегелевской терминологии, или *общественной интеграции* в нашем случае) еще относительно невысок. Индивид уже примирился с противостоящим ему «природно-чувственным», что выражается в «осознании реальности» (для судопроизводства — это признание в нем роли позитивного познания фактов и внутреннего убеждения), однако еще не готов вполне вверить себя социуму, государству, то есть «примириться» со своей же собственной «сущностью и истиной». У него впереди «тяжкая недобровольная работа, направленная против самого себя»,[3] результатом которой явится более высокая степень «примирения», или социализации. Последняя, в частности, будет выражаться в переходе к публичным видам состязательного процесса.

§2. ОБВИНИТЕЛЬНЫЙ (АККУЗАЦИОННЫЙ) ВИД ПРОЦЕССА

Обвинительный процесс является состязательным,[4] ибо в нем участвуют стороны — обвинитель и обвиняемый, и от того, кто из них одержит верх в споре, зависит приговор суда. Однако эта победа определяется не тем, чьи свидетели были убедительнее, документы точнее, доводы весомее, а тем, соблюдены ли сторонами определенные формальные условия состязания. Последние могут иметь *сакральный* характер, то есть сводиться к испытанию «воли Божьей» или «попущения Божьего». Средствами для открытия этой гипотетической воли «свыше» служат различного рода *ордалии* (испытание обвиняемого и обвинителя огнем, водой, ядом и т.п.), *судебный поединок* либо *присяга и поручительство.* Индивидуальная свобода

[1] *Гегель.* Философия религии. Т. 1. М., 1975. С. 421.

[2] *Шаймухамбетова Г. Б.* Гегель и Восток. Принципы подхода, с. 192.

[3] *Гегель.* Философия истории. Т. 8. С.185.

[4] Такого мнения придерживался М. С. Строгович (См.: Уголовный процесс. М. 1946. С. 33—37), хотя он включал в понятие обвинительного процесса также и те формы, которые мы отнесли к частно-исковым. В литературе высказана и диаметрально противоположная точка зрения, что обвинительный процесс вообще не является состязательным, а образует самостоятельную форму. (См.: *Полянский Н. Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса, с. 21—24; *Мещеряков Ю. В.* Формы уголовного судопроизводства, с. 16).

сторон имеет, пользуясь терминологией Гегеля, не «духовный», а «субстанциальный» характер. Закон выступает как заповедь, нечто предписанное природой, не зависящее от людей, чему «субъекты полностью подчинены (по отношению к нему ведут себя в полной подчиненности)».'

Для того чтобы начать такой процесс, достаточно выдвинуть *обвинение* (почему он может именоваться обвинительным) — остальное довершит случай или гладиатор. При более высоком уровне теологической культуры судьи в обвинительном производстве могут также обращаться к религиозным нормам, которые предписывают определенные правила оценки представленных сторонами доказательств (Закон Моисеев, шариат и т.д.). Наконец, в обществах, где сакральные средства доказывания уже не имеют прежнего веса, в обвинительном процессе следует ожидать применения *светских* — законодательных либо обычных — правил о силе доказательств, то есть правил, предписывающих оценивать доказательства по заранее заданным юридическим критериям, известным как *система формальных доказательств.* Принято считать, что формальные доказательства порождены розыскным процессом.[2] Классический розыск (инквизиционный, следственный виды процесса) действительно известен в истории приверженностью формальной доказательственной системе. Однако сама по себе розыскная процедура не предполагает в качестве обязательного условия, что доказательства оцениваются на основе формальных критериев.[3] Эти критерии — законное детище обвинительного процесса, которое розыскной режим не породил, а только усыновил.

То, что формальные мерки доказательств внутренне присущи не розыскной, а именно обвинительной процедуре, иллюстрирует, например, знаменитая евангельская сцена суда у прокуратора Иудеи Понтия Пилата. Римский наместник обладал в провинции всей Полнотой власти, мог ex officio вести уголовное преследование и немедленно, de piano выносить приговор, то есть, несомненно, являлся носителем инквизиционного начала. Казалось бы, что может быть проще — *сочти* показания фарисеев, *запиши* формальное признание обвиняемого («Итак, ты царь?» — Евангелие от Иоанна. 18, 37), допроси его *под пыткой...* и приговори к смерти. Именно так должен был поступить судья-прокуратор, если бы розыскная процедура и формальные доказательства действительно были «сиамскими близнецами». Но послушаем, что говорит Пилат: «Вы привели ко мне человека сего, как развращающего народ, и вот я при вас *исследовал* и не нашел человека сего виновным ни в чем... и ничего не найдено в Нем достойного смерти». То есть, проведя расследование, инквизитор пришел к *убеждению* в невиновности обвиняемого! Причем вопрос о характере доказательств

[1] *Hegel.* Die Vernunft in der Geschichte, S. 243.

[2] См: *Анциферов К. Д* Обвинительное начало и английский процесс. // Юридический вестник. Т. I. М., 1879. С. 432; *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 180—182; *Строгович М. С.* Учение о материальной истине в уголовном процессе. М.; Л., 1947. С. 44; Большой юридический словарь /Под ред. В. Д. Зоркина, Л. Я. Сухарева и др. М., 1997. С. 742.

[3] См. : *Мещеряков Ю. В* Формы уголовного судопроизводства, с. 69.

имеет здесь явно принципиальное значение. Когда на первом допросе у первосвященника Иисуса ударяет один из служителей, тот отвечает ему: «Если я сказал худо, *покажи, что худо;* а если хорошо — что ты бьешь меня?» (Евангелие от Иоанна. 18, 22). Яснее не скажешь — логика побеждает грубую силу, содержательное доказывание,, ставится превыше формального.

Однако, как мы знаем, в итоге Пилат все же вынужден был отступить от своего первоначального решения: «Но они продолжали с великим криком требовать, чтобы Он был распят; и *превозмог* крик их и первосвященников. И Пилат решил *быть по прошению их»* (Евангелие от Луки. 23). Крайне любопытно дальнейшее — «Пилат, видя, что ничто не помогает, но *смятение увеличивается,* взял воды и умыл руки перед народом, и сказал: невиновен я в крови Праведника сего; *смотрите вы. И отвечая, весь народ сказал: кровь Его на нас и на детях наших»* (Евангелие от Матфея. 27). Иначе говоря, судья-прокуратор снимает с себя ответственность за преследование — она перемещается на *доносителей,* которые из денунциаторов превращаются теперь в уголовных преследователей, а производство по делу становится *обвинительным.* Но чем сейчас руководствуется судья? Внутренним убеждением? Нет! Значение для него имеет теперь лишь *предубеждение* толпы («Распни его!») и политические реалии («если отпустишь Его, ты не друг кесарю» — Евангелие от Иоанна. 19, 12-15), то есть заранее предустановленные внешние критерии. Ведь цель обвинительного суда — не установить истину, а лишь предотвратить «смятение».

Символично, что даже пытка — это светское издание ордалий — ждет обвиняемого только тогда, когда вместо римского inquisitio в права вступает обвинительная традиция. *«Тогда* Пилат взял Иисуса и велел бить его... и били его по ланитам». По-видимому, это и последняя попытка прокуратора спасти невиновного, показав — истязаемый, как и все люди, состоит из плоти и крови. «Пилат опять вышел и сказал им: вот я вывожу Его к вам, чтобы вы знали, что я не нахожу в Нем никакой вины... Се человек» (Евангелие от Иоанна. 19, 1-5).

Как видим, не стоит связывать обвинительный процесс исключительно с «Божьим промыслом»: ордалиями, судебными поединками и т.п. Он может быть и вполне светской, хотя и всегда формальной процедурой.[1] Формальность обвинительного процесса есть суррогат правосудия, символ недоверия к способности самого суда установить истину.

Обвинительный процесс наиболее известен прежде всего из истории раннего европейского средневековья (время «варварских Правд»), а также эпохи классического феодализма, когда в обиходе был так называемый «суд равных», а обычным средством разрешения спора — поединок. Однако следы его находят и в древнейшем прошлом Индии, Месопотамии и т.д. Римский историк Страбон сообщает, что поединок-мономахия был «старым обычаем эллинов».[2]

Имеющиеся представления относительно общих социально-политических условий соответствующих исторических периодов позволяют сделать вывод об обстановке, в которой может быть востребован обвинительный порядок. Во-первых, следует сказать, что об-

[1] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 189.

[2] *Страбон.* География в семнадцати книгах. М, 1879. Т. VIII. С. 33.

винительный процесс бесконечно далек от какого-либо подобия конституционализма. Его естественная предпосылка — не разделение властей, а их раздробленность, децентрализация. Он обычно возникает там, где пылает много очагов власти и за нее идет энергичная, часто вооруженная борьба. Как сказано о подобной ситуации: «Князья Израиля, как волки, хватают добычу».[1] Противоборствующие политические силы, не полагаясь друг на друга, отвергают идею постоянных публичных органов уголовного преследования — ведь завтра они легко могут стать орудием репрессий в руках временщиков. Обвинение считается делом отдельных личностей и признается лишь в частной форме. Если же судейское кресло занимает лично глава такого децентрализованного государства либо назначаемые им судьи,[2] то тогда их политические оппоненты буквально *кровно* заинтересованы в том, чтобы судебные решения не были плодом политических амбиций, а опирались на авторитет более высокий, чем престиж «первого среди равных». Это политически питает обычай искать в обвинительном суде волю не судьи, а Провидения. Обвинительный процесс здесь — не столько средство для отыскания истины, сколько клапан для выпускания пара в перегретом социальном котле. Подобные социальные условия характерны, помимо эпохи феодальной раздробленности, для так называемого *чифдома (вождества)* — одной из первичных форм генезиса государственности. Ее отличительные признаки — наличие военного вождя, опирающегося на военно-иерархическую структуру (личную дружину, армию), культ силы и множественность ее источников, относительная легкость смены и узурпации власти.[3] Исторически чифдом явился одной из форм образования государства в период разложения родоплеменного строя. Однако вряд ли было бы правильно связывать его только с архаическими этапами истории. Государства исчезают и возникают, и чифдом иногда способен пробуждаться, когда на вновь осваиваемых при переселении народов территориях или руинах прежней государственности происходит силовая самоорганизация новой власти. Обвинительное судопроизводство — первое, что применяется тогда после открытых вооруженных столкновений в качестве средства для разрешения конфликтов. Причем формы его самые разные — от дуэли до

[1] Кн. пророка Иезекииля, гл. 22.

[2] Председательство в суде лично басилея, князя, конунга, короля и т. д. было типично только для самых начальных этапов развития государственности. Затем правители стали назначать для этих целей специальных чиновников — графов, шерифов, бальи, разъездных судей и т.п. Как справедливо заметил И.Я. Фойницкий, объяснение этому факту состоит в том, что непосредственное участие в суде обращает на монарха все неудовольствие проигравших дело, лишает его важного права осуществлять помилование и верховный надзор за судами, ослабляет формальности судебной процедуры и уменьшает силу закона *(Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 149—150).

[3] См.: Теория государства и права. Часть I. Теория государства / Под ред. А.Б. Венгерова. М., 1995. С. 36.

религиозного ритуала. Иллюстрацией может быть «дикий Запад» времен освоения колонистами Северной Америки, когда обычным «судьей» в спорах служил кольт. Более актуальный пример — недавняя Чечня, где нетрудно было обнаружить все названные признаки чифдома, а в шариатском суде использовалась, в сущности, обвинительная процедура, причем доказательства оценивались на основе религиозных предписаний, то есть сакрально-формальным методом.

Впрочем, после политической может быть названа еще одна причина применения ордалий и других формальных средств доказывания. Это *гносеологическая* неэффективность обвинительного суда, обусловливаемая конкретными историческими факторами.

Так, например, в борьбе с ересями в XII в. католическая церковь поначалу применяла в церковных судах обвинительные, а не инквизиционные формы (последние были введены в практику лишь с конца XII — начала XIII в.).[1] При этом исследователи данного вопроса отмечают, что задача по изобличению начитанных еретиков оказалась неодолимой для малограмотных монахов. «Дикое применение ордалий, к которым так часто прибегали, показывает, насколько духовенство чувствовало себя бессильным перед лицом своих новых обязанностей».[2] Официальное введение сакрального шариатского суда в Чечне в феврале 1999 г. также было связано, помимо политических факторов — противостоянием между различными кланами и полевыми командирами и т. д., — и с невиданным обострением криминогенной ситуации, разгулом бандитизма, террора и т. д., когда светские правоохранительные органы и суды оказались не в состоянии решить ни одного серьезного вопроса. Тогда ответы на них стали искать в мудрости Ислама и заповедях шариата.

Как можно понять из сказанного, обвинительный метод судопроизводства не исчез полностью. Конечно, его появление в начале третьего тысячелетия в чистом, классическом виде — явный анахронизм и признак обскурации общества, в котором он проявился. Однако созданные историей социальные формы обычно не отбрасываются по окончании срока службы как ненужный хлам, а по-хозяйски сберегаются и используются в качестве элемента в более совершенной и сложной системе. Так случилось и с обвинительными процедурами. В современном праве они находятся на заднем плане, их историческое происхождение прочно забыто, но там, где суд объективно стеснен в возможности установить истину, законодатель вынужден прибегать именно к этому юридическому «анахронизму».

Так, в гражданском праве для установления некоторых обстоятельств закон запрещает использовать свидетельские показания и требует представления лишь определенных видов доказательств — письменных и др. (для подтверждения сделок с участием юридических лиц, а при совершении сделок на сумму не менее десяти минимальных размеров оплаты труда — и с участием граждан); для доказывания ряда сделок могут быть использованы только нотариально удостоверенные документы. Здесь, по существу, сохраняются фрагменты системы формальных доказательств при

[1] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 223—226.

[2] *Ли Г.* История инквизиции в средние века. Т. I. СПб., 1911. С. 195.

внешне частно-исковом построении процесса. Однако за истца «работают» формальные доказательства, и суд связан ими, порой вопреки собственному внутреннему убеждению. Поэтому можно утверждать, что в тех своих фрагментах, где использованы элементы формальных доказательств, гражданский процесс и поныне сохраняет отдельные элементы обвинительной формы.

Итак, обвинительный процесс — это формальная состязательность. Спор сторон здесь происходит, но значение имеют лишь внешние и, по существу, посторонние для дела факторы (физические сила и выносливость соперников, случай, соблюдение обрядности, формы). Этим он отличается от такого состязательного судопроизводства, где решение по делу принимается судьями на основе свободного выбора и внутреннего убеждения.

§ 3. ИСКОВЫЕ (АКЦИОНЕРНЫЕ) ВИДЫ СОСТЯЗАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА

1. Понятие исковых видов уголовного процесса

Исковой, *или акционарный* (от *лат.* actio — иск, actionare — искать судебной защиты, преследовать в судебном порядке), процесс предполагает построение обвинения в виде уголовного иска. И.Я. Фойницкий высказывал соображение о целесообразности использования термина «исковой» лишь применительно к гражданскому, но не уголовному процессу.[1] Это, однако, вступает в определенное противоречие с другой мыслью того же автора о том, что «обвинение... есть тот же иск», хотя и «публичный и индивидуальный».[2] Последнее утверждение, на наш взгляд, более справедливо. Иск есть понятие конкретно-историческое. Оно отражает определенную ступень социализации, на которой обществу дано решать свои наиболее острые вопросы путем узаконенной конфронтации заинтересованных сторон. Если обратиться к историческим и психологическим основаниям данного института, то исковой способ защиты предстает как отголосок архаического принципа талиона в его процессуальной проекции. Ответчик или обвиняемый, то есть предполагаемый «обидчик», ставится «на правеж» перед судом, превращаясь в обороняющуюся сторону и, таким образом, «меняясь местами» с потерпевшим с точностью до наоборот. Вместе с тем следует подчеркнуть объективный характер искового способа защиты прав, который, как будет показано далее, адекватен современным ему историческим условиям, более того — является для них практически единственно возможным, независимо от того, от какого нарушения — гражданского или уголовного истребуется защита.

[1] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 60.

[2] *Он же.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 4.

Понятие иска имеет глубокое содержание. За ним стоит целый смысловой ряд.

1. Истец в акционарном процессе активен. Он собирает и представляет доказательства, отстаивает свою позицию в суде, словом, поддерживает обвинение, и процесс движется вперед в первую очередь его усилиями. Этим исковой процесс отличается от обвинительного, где самодеятельность стороны исчерпывается ходатайством о судебной защите. Это, конечно, не значит, что ответчик непременно должен оставаться пассивным наблюдателем действий истца, однако он все же обороняющаяся сторона.

2. Иск в качестве своей единственной и конечной цели предполагает победу в судебном споре. Сторона, которую заранее устраивает не только подтверждение, но и опровержение тезиса, в судебном дискурсе ею выдвигаемого, не есть истец, а такой процесс не является исковым. Так, в обвинительном суде стороны, обращаясь к сакральным силам, как бы заранее соглашались на их приговор, каким бы он ни оказался. Но тот процесс, в котором в ходу комбатантная фразеология («победа — поражение», «проиграть — выиграть дело»), без сомнения исковой.

3. Иск есть право лица, его поддерживающего, а не процессуальная обязанность. Это тривиально, если истец — частное лицо. Но даже в том случае, когда иск поддерживается государственными органами, возбуждающими уголовное преследование официально, последние ответственны за поддержание иска лишь в служебном порядке. Суд не может требовать от них обвинительной активности. Не только частный, но и официальный истец вправе в любой момент отказаться от поддержания своих требований,[1] что влечет за собой окончание процесса. Иначе говоря, иск диспозитивен.

4. Доказательства, представленные сторонами, оцениваются судом по внутреннему убеждению. В обвинительном процессе доказательства по своему содержанию не имеют логического отношения к существу дела, отчего решение, по сути, не зависит от суда — он только регистрирует итог испытаний. Напротив, в исковом процессе testes ponderantur, поп nomerantur *(лат.)* — свидетелей взвешивают, а не считают, иначе говоря, доказательства содержательны, и потому единственный способ их оценить — прибегнуть к внутреннему убеждению судей.

5. Суд обязан приступить к производству по делу в случае предъявления надлежащего искового требования. В этом исковой порядок совпадает с обвинительным, но представляет собой противоположность розыскному, где только от суда зависит, приступать ли ему к разбирательству.

Вместе с тем уголовный иск существенно отличается от иска гражданского. И. Я. Фойницкий главное их. различие по содержанию ус-

[1] В обвинительном процессе, напротив, обвинитель, отказавшийся от участия в испытании, например судебном поединке, подвергался наказанию.

матривал в публичном и, кроме того, индивидуальном характере обвинения, которое никогда не переходит на других лиц в порядке правопреемства.[1] Однако уголовное обвинение может быть не только публичным, но и частным, если поддерживается частным лицом. С другой стороны, не все гражданско-исковые требования могут переходить на других лиц. Так, гражданские иски о защите личных нематериальных благ (например, иск о взыскании компенсации за моральный вред) также сугубо индивидуальны. Содержательные различия гражданского и уголовного исков скорее можно найти в особенностях предмета защиты: в первом случае это защита имущественных и связанных с ними личных неимущественных благ путем их признания или восстановления судом, во втором — защита тех же и ряда других благ и отношений путем привлечения виновных в посягательстве на них к уголовной ответственности. Отсюда вытекают и различия данных двух видов исков по форме. И. Я. Фойницкий указывает, что в отличие от гражданского иска, который неизменен, то есть не допускает изменений своего предмета в ходе судопроизводства, уголовный иск обыкновенно распадается на первоначальное и окончательное обвинение. По уголовным делам установление фактической истины часто осложнено ввиду неочевидного характера преступлений, запирательства и противодействия со стороны обвиняемых и т. п. Потому «обвинитель не может окончательно формулировать обвинения в момент первого обращения к суду: он вынужден делать первый шаг, не имея достаточных доказательств, и обращаться к суду за содействием к собиранию их».[2] В английском уголовном процессе начальное обвинение обычно предъявляется уже на первой стадии предварительного производства в форме заявления об обвинении (information), окончательное обвинение — в виде обвинительного акта (indictment). В судопроизводстве французского типа, где понятие уголовного иска (action publique) внешне наиболее четко выражено в законодательстве, первоначальное обвинение отождествляется с понятием возбуждения уголовного иска и направления следственному судье так называемого вводного требования (demande introductive), а окончательное — с понятием судебного обличения (fonction du ministere public). Германский процесс также различает первичное заявление об уголовно-наказуемых деяниях и возбуждение прокуратурой публичного обвинения. В российском уголовном процессе в качестве аналога первоначального обвинения можно с известной долей условности[3] рас-

[1] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 6.

[2] Там же, с. 7—8.

[3] Эта условность объясняется тем, что в состязательном процессе всякое обвинение должно предъявляться перед судом. В данном же случае следователь предъявляет обвинение непосредственно самому обвиняемому, так как судебного органа на предварительном расследовании нет. Тем не менее, исторически институт предъявления обвинения также имеет здесь состязательное происхождение и должен рассматриваться как элемент процесса состязательного типа.

сматривать постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого, окончательное же обвинение содержится в обвинительном заключении.

Именно из разделения обвинения на первоначальное и окончательное проистекает членение уголовного процесса на подготовительную стадию и стадию судебного разбирательства.

Помимо деления обвинения на первоначальное и окончательное деятельность по поддержанию уголовного иска имеет и другую важную особенность. Сталкиваясь с «энергичным отпором, который естественно ждать со стороны обвиняемого»,[1] уголовный истец часто вынужден прибегать к принуждению в целях пресечения преступления, получения доказательств, предупреждения побега подозреваемого (обвиняемого) и т.д. В гражданском судопроизводстве применение принудительных мер также возможно (наложение ареста на имущество, запрета на некоторые действия ответчика), однако конфликт сторон, как правило, не достигает здесь той силы, что в уголовных делах. Более спокойная обстановка дает истцу время на обращение к суду, который только и полномочен принимать решение о применении принуждения, что полностью отвечает принципу равенства сторон в состязательном производстве. В уголовном процессе, имеющем дело с экстраординарным явлением — преступлениями, появляется понятие «неотложной ситуации», когда для предварительного обращения к суду у преследователя объективно нет времени (пресечение преступления, задержание подозреваемого и т.п.) и он должен действовать сам. У суда при этом сохраняется возможность последующего контроля за законностью предпринятых обвинителем принудительных мер. Впрочем, если говорить об основаниях института непосредственного принуждения, то в их числе нетрудно заметить и соображение, основанное на том, что особо «энергичному отпору» со стороны обвиняемого (и даже самой его возможности) справедливо противопоставить неотложные полномочия обвинителя. Таким образом, применение обвинителем непосредственного принуждения к обвиняемому в неотложных случаях не колеблет состязательности в уголовном процессе.

Можно выделить два вида акционарной состязательности — частно- и публично-исковую.

2. Частно-исковой уголовный процесс

Частно-исковой процесс не следует путать с обвинительным, ибо между ними существует примерно такая же разница, как между молитвой о дожде и метеопрогнозом. Частно-исковой порядок обладает всеми названными только что достоинствами акционарного судопроизводства, которые отличают его от обвинительной разновидности. Мы уже говорили о том, что обвинительное судопроизводство было

***Фойницкий** И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 9.

только первой фазой в развитии процессуальных форм состязательности, отражающей «субстанциальную свободу», первую, «природно-чувственную» стадию духовного развития индивидов, для которых недостаток сознательной духовной свободы оборачивается слепым преклонением перед велениями заповеди и обычая. Напротив, для частно-исковой разновидности процесса характерно «примирение» индивида с «природным», то есть осознание и признание им объективной реальности, что выражается в стремлении к познанию фактов такими, какие они есть, в оценке информации по внутреннему убеждению. Следовательно, частно-исковой процесс — это вторая, более высокая ступень развития состязательной идеи, чем обвинительное судопроизводство. Вместе с тем нами не случайно подчеркивалось, что субъект частно-исковой процедуры еще не достиг того уровня развития социализации, когда бы наступило его «примирение» со своей собственной общественной природой. Этот момент нуждается в специальном комментарии. Социальная природа индивида как участника судопроизводства находит свое полное внешнее проявление в обязанности выступать в роли носителя не только частной, но и общественной функции, возложенной на него во имя публичного интереса. Внутреннее осознание, готовность общества к выполнению этой обязанности позволяют в дальнейшем перейти к третьей ступени состязательности — публичному судопроизводству. Частно-исковая модификация состязательности не приобретает еще такого общественного значения; она есть функция личного интереса.

В чем же состоит относительный недостаток социализации частно-искового судопроизводства? Прежде всего в том, что кредит доверия участников процесса к публичным институтам невелик и они предпочитают рассчитывать в основном на собственные силы. Поэтому суд в частно-исковом процессе относительно пассивен, предоставляя сторонам нести основную тяжесть усилий по добыванию истины. Как видим, пассивность суда при частном иске есть другое проявление того же самого, что устраняло от решения обвинительный суд, то есть недостаток «примирения» человека с природой. Только в первом случае «примирение» понимается в гносеологическом, а во втором — в социальном смысле, то есть недостаток «мира» с природой общественной.[1] Впрочем, на вопросе о пассивности суда в состязательном процессе необходимо остановиться отдельно, ибо он играет определяющую роль при отграничении различных видов состязательности.

Часто пассивную роль суда рассматривают как примету состязательности вообще, а в противоположном начале — активности суда

[1] Не случайно именно первая частно-исковая система судопроизводства Нового времени — английская — испытала настойчивую потребность в conservatores pacis — «хранителях мира», мировых судьях.

видят решающий признак розыска.[1] Между тем стремление суда к активному познанию истины, в сущности, совершенно естественно, ибо само понятие правосудия предполагает суд правый, то есть основанный на истинном знании дел. И.Я. Фойницкий писал по этому поводу, что «состязательность процесса не лишает суд права и обязанности давать ответ, соответствующий объективной, или материальной, истине...».[2] Тем не менее пассивная позиция суда в исследовании обстоятельств дела в частно-исковом процессе — это исторический факт, которому должно существовать объяснение. Попробуем назвать возможные причины феномена судейской пассивности. Их, на наш взгляд, можно наметить несколько.

Первая причина — психологическая. Существует опасение, что, вдаваясь в непосредственное получение и исследование доказательств, суд утратит объективность, окажется в плену собственных обвинительных или оправдательных — в зависимости от характера полученных им лично доказательств — версий.

Вторая причина — гносеологического характера, которая имеет, однако, политические следствия. Суть ее такова. Поскольку уголовный иск есть дело *частных* обвинителей, не приходится говорить об официальном предварительном расследовании как стадии процесса. Но неофициальная досудебная подготовка не может надежно обеспечить установление истины в суде, и часть судебных решений a priori оказывается как бы построенной на песке. Целесообразно ли в подобных условиях государству из политических соображений брать на себя ответственность за заведомо неистинные или вероятностные решения? Вряд ли, ведь это приведет к недовольству граждан, причем не друг другом, а именно государством. Тогда вопреки своей этимологии «дарящее суд» (го-суд-дар-ство) начинает восприниматься как враждебная обществу сила, что опасно в первую очередь для самого государства. И суд, как Понтий Пилат, умывает руки.

И, наконец, третье возможное объяснение пассивности суда в частно-исковом процессе чисто *политического* свойства. Оно состоит в том, что общество не слишком доверяет суду, ставя под сомнение его независимость, и потому право на представление и исследование доказательств отдает сторонам. Та же причина, как мы помним, приво-

[1] См.: *Plank*. Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens. Gottingen, 1857; *Сергеевский Н. Д.* Основные начала и формы уголовного процесса. // Временник Демидовского юридического лицея. Ярославль, 1875. Кн. 9. С. 603—605; *Владимиров Л. Е.* Учение об уголовных доказательствах. Харьков, 1888. С. 177; *Пашин С. А.* Возрождение российского суда присяжных.// Нормативные материалы о судьях и суде присяжных. М., 1994. С. 15; Уголовный процесс: учебник для вузов / Под общ. ред. проф. П. А. Лупинской. М., 1995. С. 119.

[2] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 64. Активную роль суда во всестороннем исследовании обстоятельств дела считает вполне совместимой с состязательностью и ряд других авторов *(см.: Добровольская Т. Н.* Принципы советского уголовного процесса. М., 1971. С. 138; *Дорохов В. Я.* Принципы советского уголовного процесса. М., 1962. С. 35—36; *Мотовиловкер Я. О.* О принципе объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса. Ярославль, 1978. С. 65 и др.).

дила к пассивности суда в обвинительном процессе с той лишь разницей, что степень политического противостояния в обществе, порождавшем обвинительное судилище, была выше и судьям не доверяли не только самостоятельно собирать и проверять доказательства, но даже и оценивать их. При частно-исковом строе процесса суд активен хотя бы в оценке доказательств. Отчего же общество сомневается и в объективности этого суда? Оттого, что частно-исковой порядок уголовного судопроизводства адекватен политической системе, в которой отсутствует или, по крайней мере, не завершено разделение властей и построение системы «сдержек и противовесов». Судебная власть служит продолжением власти верховной или исполнительной и зависима от нее. В таких условиях политическая свобода не гарантирована и общество заинтересовано в ограничении полномочий судей, а значит, в их пассивности. Оно стремится взять в свои «частные» руки фактическое ведение процесса, и законодателю приходится учитывать это стремление.

Идея равенства сторон в частно-исковом процессе так же, как до этого в обвинительном, еще не вызрела — ее место в общественном сознании занимает лишь формальное равноправие, создающее одинаковые стартовые условия для судебного состязания. С этим связан другой важный признак частно-искового судопроизводства, роднящий его с обвинительным процессом, — бремя доказывания равномерно распределяется между сторонами. Отсюда же вытекает и следующая типичная черта частно-искового производства: каждая из сторон вправе занимать позицию, которую можно определить как «юридический эгоизм»: обвинитель собирает только обвинительные доказательства, защита — только оправдательные.

Этот вид процесса, не будучи вершиной эволюции судебных форм, в то же время не может претендовать и на лавры пионера судопроизводства, так как нуждается в достижении обществом определенной степени зрелости. Подлинными первопроходцами должны быть признаны обвинительные процедуры и некоторые разновидности розыска. Начнем с отношения частно-искового судопроизводства к обвинительному процессу. Как было показано ранее, обвинительный вид является первой *логической* ступенью развития состязательности, а частно-исковой процесс — второй. Однако теоретическая последовательность не обязательно полностью совпадает с исторической. Последняя знает отступления, возвраты и то, что принято называть «зигзагами истории». Обвинительная стадия может так и остаться лишь логической возможностью, которую нетерпеливая реальность просто «перешагнет». Вместе с тем потенциально, в свернутой, рецессивной форме, «ген» обвинительного процесса присутствует при реальном переходе к частно-исковому порядку всегда, будь то пассивная роль суда в доказывании, рудименты правил формальной оценки доказательств или получение свидетельских показаний под присягой. Пользуясь выражением Монтескье, можно сказать: основной ход истории влечет за собой все частные случаи.

Поэтому хотя трансформация обвинительного процесса в частно-исковой — только один из нескольких сценариев развития уголовного процесса, но зато самый типичный. Какие же условия требуются для его осуществления?

Ответ на этот вопрос следует искать в истории. Эволюцию судопроизводства, подобную той, о которой идет речь, можно видеть, обратившись к древнейшим законам шумерского государства Ур (конец III тыс. до н.э.) — так называемым законам царя Ур-Наму, которые начинаются с пролога о деяниях царя, «установившего в стране справедливость, изгнавшего зло и раздоры». Как мы помним, именно «раздоры» являются питательной средой для обвинительного способа разрешения конфликтов. Характерно, что в Уре после «наведения порядка» ордалии по традиции еще продолжают применяться, но важнейшим средством доказывания становятся теперь свидетельские показания и документы. Применение ордалий ограничивается в пользу светских способов доказывания и по древнеиндийским источникам — Артхашастре (конец IVВ. ДО Н.Э.) И Законам Ману (II в. до н.э. — II в. н.э.). К ордалиям можно было прибегнуть лишь в отсутствие документов, свидетельских показаний и, кроме того, только с согласия спорящих сторон.[1] В наиболее рафинированном виде частноисковой порядок производства был получен в античных республиках Греции и Рима. М. А. Чельцов-Бебутов полагал, что «в отдаленные времена в Риме существовали судебные поединки и судебные испытания (ордалии)», хотя констатировал, что «как и в древней Греции, эти институты не получили в Риме развития, и сведения о них до нашего времени не дошли».

Не без влияния римского права частно-исковые процедуры заменяют прежние обвинительные в континентальной Европе и в Англии. В средневековой Европе в ряде коммун, пользовавшихся «городскими вольностями», существовал «суд равных» для их членов, в котором процесс велся без поединков и ордалий, то есть частно-исковым способом. По ордонансу 1260 г. французского короля Людовика IX Святого в королевских доменах также был запрещен судебный поединок. Вместо него предписывалось использовать свидетельские показания. Постепенно этот порядок был распространен на всю территорию страны. Даже участие в уголовных делах, начиная с конца XIII в., прокуроров, представлявших в судах королевские интересы, не меняло в данный период частно-искового характера судопроизводства, так как «.. .эти поверенные, выбираемые обычно из среды адвокатов, не отличались по своим правам и обязанностям от поверенных других лиц».[3] Все это также говорит о всплеске (с XIII по XV в.) частно-исковой волны во французском уголовном процессе, для которого этот период, по-видимому, был юридическим Ренессансом. Показательно, что эти перемены сопровождались определенной либерализацией в социально-политической жизни (формирование парламентов как институтов сословно-представительной монархии, освобождение крестьян от крепостной зависимости, предоставление городских вольностей и т.д.), что и должно быть условием перехода к частно-исковому способу ведения дел.

В Англии частно-исковая модель судопроизводства окончательно возобладала после буржуазной революции XVII в. и сохранялась приблизительно до второй половины XIX в.

Путь развития от обвинительного к частно-исковому процессу наиболее вероятен там, где стабилизация власти и укрепление внутреннего единства общества не связаны с установлением автократии и деспотии. Члены социума имеют определенные гражданские права, как в антич-

[1] См.: *Крашенинникова Н. А.* История права Востока. М., 1994. С. 28—29, 45.

[2] *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 127—128.

[3] Там же, с. 229.

ном полисе, средневековой городской коммуне, в Англии после Великой Хартии вольностей и даже в индийской сельской общине и т. д.

Социальный детерминизм этого основания понятен — через формальное равноправие и индивидуалистический принцип «каждый за себя, один Бог за всех» пробивает себе дорогу стихийный социальный отбор экономически сильнейших индивидов. В идеале это должно быть типично для общественной среды, которая в экономическом отношении исповедует «свободную конкуренцию» рыночных товаропроизводителей, а в политическом — личную свободу и автономию последних. В той или иной степени к названным идеальным условиям приближаются и античный мир, и средневековые коммуны, и английское общество XVII—XIX вв.

Вместе с тем внутренние общественные противоречия (между знатью и демосом в греческих городах-государствах, патрициями и плебеями в Риме, королевской властью и феодалами в средневековой Европе, нобилями и пополанами в коммунах, земельной аристократией и буржуазией в Англии Нового времени, представителями различных варн и каст в Индии и т.д.) должны были быть еще достаточно остры для того, чтобы частное обвинение заменить публичным.[1] Уровень социализации общества пока недостаточен для перехода процесса к публично-исковой стадии развития.

В этой связи нельзя пройти мимо одной распространенной неточности относительно происхождения частно-искового процесса. По глубоко укоренившемуся мнению, публичное значение преступления якобы было осознано обществом не вдруг, и потому уголовное преследование долгое время считалось сугубо частным делом.[2] Однако такой аргумент представляется довольно умозрительным. Если бы преступление не воспринималось при любом общественном строе как публичное зло, его не карали бы особо суровой, уголовной санкцией. Сам факт исключительного реагирования общества на преступление говорит о том, что это понятие публично по определению.[3] Частный способ обвинения вытекает не из «частного» значения преступления, а из отсутствия специального органа уголовного преследования. Причины, по которым не создается такой орган, могут быть различны. В одних случаях это невозможно из-за недостаточного развития или ослабления государства. Когда же накал внутренней борьбы подвигает политических врагов к узурпации функций публичного преследования,

[1] Не случайно институт прокуратуры, законодательно введенный 23 марта 1302 г. французским королем Филиппом IV, в последующую при его преемнике эпоху феодальной реакции немедленно подвергся ожесточенным нападкам со стороны феодалов и даже был на время упразднен. (См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 230).

[2] См., например: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 60.

[3] Само слово «преступление» этимологически означает «переступить» что-либо. Что же может переступить нарушитель? Очевидно, некую черту, запрет, который может быть установлен только всем обществом, то есть публично. Латинское слово «crimen», давшее начало терминам, обозначающим преступление, во многих европейских языках, переводится и как «преступление», и как «грех», что также говорит об общественном осуждении подобного проступка.

идея введения специальных обвинительных органов является просто гибельной для неудачливого соперника и потому в условиях неустойчивого равновесия сил отвергается всеми.

Впрочем, частно-исковая процедура далеко не всегда обязана своим происхождением обвинительному процессу. Как это ни парадоксально, иногда она непосредственно сменяла процесс, который можно квалифицировать как розыскной. В так называемых раннеклассовых обществах, городах-государствах, плавно выраставших непосредственно из родоплеменного строя, судебные функции по важнейшим делам обычно выполняло народное собрание, а в большинстве случаев — коллегии старейшин или жрецов. Для возбуждения преследования здесь в то время еще не требовалось формального обвинения со стороны кого-либо из членов общины — достаточно было молвы или собственного усмотрения судей. Последние, действуя из публичных интересов общины, рассматривали обстоятельства дела и выносили приговор. В особом обвинителе не было нужды, так как в условиях небольшого полиса ничто не могло укрыться от глаз общины и большинство преступлений сразу или очень скоро были известны всем. Судьям-очевидцам не было особой нужды в доказательствах, главный вопрос состоял в том, какого наказания заслуживает виновный. Такую процедуру можно считать первой и наиболее архаичной разновидностью розыска, которую древние именовали rusticum jus — деревенское, или простое правосудие, естественная справедливость. Она весьма близка к способу разрешения конфликтов при родовом строе или в патриархальной семье. Постепенно, однако, происходят изменения, потребовавшие нового способа ведения судебных дел. Прежде всего демографический взрыв, разрастание общины, приток в нее новых членов извне сделали совершаемые правонарушения менее очевидными. Это впервые привело к необходимости доказывать виновность и к появлению института судебных доказательств. Поскольку обстоятельства преступления лучше всего известны, как правило, потерпевшим, естественно могла явиться мысль возложить на них либо их близких обязанность доказывать виновность обидчика, что породило обвинителя и обвинение. При этом не было нужды в применении обвинительного способа, так как подобное развитие государства, в отличие от чифдома, было относительно плавным и спокойным. Но было и другое важное, политическое, изменение, открывшее путь частно-исковым отношениям. Имущественное расслоение, появление наследственной аристократии в ранних государствах обычно приводило к становлению института царской власти, которая усваивала и важную судебную функцию. Первые цари довольно сильно зависели от настроений демоса, на который им порой приходилось опираться в борьбе против чрезмерных притязаний гордой аристократии. Поэтому, не желая навлекать на себя неудовольствие обвиняемой стороны, ее родичей и клиентелы, они благоразумно не брали на себя риск самим начинать уголовное преследование по наиболее массовым делам, хотя политические (государственные) преступления обычно оставляли в своей юрисдикции. Итогом всех названных социально-политических изменений явился частно-исковой порядок судопроизводства.

Подводя итоги, частно-исковое уголовное судопроизводство юридически можно определить как такой вид состязательности, который характеризуется наличием частного обвинителя, равноправием сторон, равномерным распределением между ними бремени доказывания и пассивной ролью суда в доказывании. Социально-политические условия для него складываются там, где стабильность общественно-по-

См. об этом: Теория государства и права. Часть1. Теория государства. С. 25.

литической жизни сочетается с определенной личной свободой и невозможностью либо нежелательностью задействовать для поддержания обвинения публичные органы охраны правопорядка.

3. Публично-исковой уголовный процесс

Если функцию обвинения начинают выполнять постоянные государственные органы (прокуратура, полиция и т.д.), наделенные для этого специальными полномочиями, то состязательный процесс становится публично-исковым. Публичное начало в деятельности государственных органов при ведении ими уголовного преследования в таком процессе означает, что они действуют, руководствуясь не своим частным усмотрением, а служебным долгом (ex officio). Официальное начало в деятельности обвинителя не препятствует состязательному построению процесса.' Ведь, несмотря на то, чем руководствуется обвинитель, когда возбуждает уголовное преследование — официальным или частным принципом, стороны могут пользоваться в процессе равноценными правами, а суд быть от них независим. Мало того, в тех пределах, в которых это требуется для лучшего установления истины, даже суд, действуя ex officio (например, истребуя по своей воле дополнительные доказательства), не вступает в конфликт с состязательностью. Будучи публичным, процесс способен оставаться исковым, если отвечает признакам акционарности: активности истца-обвинителя, нацеленного на «победу» в судебном споре, диспозитивности распоряжения предметом иска-обвинения в отношениях с судом и т.д.[2] Не случайно такой, безусловно, приверженный публичной идее процесс, как французский, исходит из концепции уголовного иска.[3] В публично-исковом процессе официальность действий обвинителя довольно механически соединяется с традиционным, идущим еще из недр обвинительных и частно-исковых видов судопроизводства, противостоянием враждебных друг другу сторон.

Самую сущность публично-исковой разновидности процесса уловил А.И. Герцен, рисуя с натуры деятельность современных ему публичных обвинителей во французском уголовном процессе XIX столетия: «Неумеренная любовь раскрывать истину, добираться до подробностей в делах уголовных, преследовать с ожесточением виноватых, сбивать их, — все это чисто французские недостатки. Судопроизводство для них

[1] См.: *Birkmeyer K.* Das deutsche Strafprozessrecht, S. 143.

[2] В данном случае говорить о диспозитивном регулировании можно только применительно к правоотношению «официальный обвинитель — суд». Уголовный преследователь при этом может поступать в отношении обвинения по собственному усмотрению (в том числе отказаться от него), а суд не вправе требовать от него обвинительной активности. Однако существует и другое правоотношение, в котором обвинитель выступает не как участник процесса, а как должностное лицо, подчиненное вышестоящим инстанциям. Здесь обвинителю может быть предписан строго определенный образ действий,^н несет ответственность за неправильный отказ от обвинения словом, он руководствуется не собственным усмотрением, а указаниями начальства. В последнем случае налицо императивный метод регулирования.

[3] См.: *Боботов С. В.* Правосудие во Франции. М., 1994. С. 132—133.

кровожадная игра... Прокурор, как ловкий тореадор, унижен и оскорблен, ежели травимый зверь уцелеет».[1] Именно французский тип является ярчайшим представителем публично-искового вида уголовного процесса.

Однако данное выше определение публично-искового процесса — лишь первый, поверхностный взгляд на это явление, улавливающий его форму, но не слишком глубоко проникающий в сущность.

Публично-исковой процесс, отвечая требованиям акционарного производства, превосходит частно-исковой порядок по уровню социализации. В последнем публичный интерес соблюдается опосредованно и неоптимально, с заведомыми потерями, через механизм судебной конкуренции формально равноправных, но фактически далеко не всегда равных сторон. Наделение сторон лишь одинаковыми правами объективно создает преимущество не правому, но сильному и наряду с иными социальными институтами способствует своеобразному стихийному отбору, селекции в обществе более энергичных и продуктивных индивидов. Социальные роль и назначение публично-искового порядка, напротив, состоят в том, чтобы упорядочить это «броуновское движение», придать ему большую степень социализации. Это обеспечивается следующими способами. Во-первых, тем, что пострадавшей от преступления стороне государство дает официальную защиту и поддержку, зачастую вовсе заменяя ее в судебном споре. Во-вторых, преследованием правонарушителя ex officio в случае, если потерпевший отсутствует, а преступление имеет высокую социальную опасность. В-третьих, публично-исковой процесс старается обеспечить это при помощи пассивных юридических гарантий. В публичном процессе сторона уголовного преследования, за плечами которого стоит Левиафан-государство, как правило, фактически намного сильнее обвиняемого, даже если последний пользуется помощью защитника. Защите в публично-исковом суде даются права не равные, а несколько увеличенные, с тем чтобы уравновесить в судопроизводстве наступательную мощь ее официального противника. Правда, делается это еще достаточно формально и механически, за счет поддержания слабейшего соперника дополнительными юридическими гарантиями, которые в теории уголовного судопроизводства именуют favor defensionis, или преимуществами защиты. Среди них наиболее важны презумпция невиновности, толкование сомнений в пользу обвиняемого, возложение бремени доказывания на обвинителя и т.д. Но ведь мы знаем, что при частноисковом способе также используются формальные средства уравнивания сторон, а именно предоставление им одинаковых прав по собиранию и исследованию в суде доказательств. В чем же разница с публично-исковым решением? В том, что частно-исковое регулирование обеспечивает сторонам паритет лишь «стартовых» условий, совершенно не заботясь о справедливости дальнейшего состязания. Публично-исковой способ пытается исправить этот недостаток за счет выравнивания условий не только для «старта», но и для «финиша».

Герцен А. И. Былое и думы. Ч. II. М„ 1932. С. 119.

Это до некоторой степени служит гарантией фактического равенства сторон, но именно «до некоторой степени», потому что ограниченные средства, которые публично-исковой процесс в состоянии предоставить слабейшему, имеют пассивно-оборонительный характер. Они рассчитаны в основном на использование явных промахов нападающей стороны (толкование сомнений и т. д.), которых может и не оказаться. Тогда при внешнем благополучии обвинения защита будет бессильной против скрытых его недостатков, связанных с внутренними пороками доказательств (например, с тенденциозностью свидетелей, некомпетентностью экспертов, неполнотой следственных действий). Для эффективного противостояния «Левиафану» защите мало пассивных гарантий, ей были бы необходимы активные средства — право самостоятельно собирать для суда доказательственную информацию, участвовать в проведении официальных следственных действий и т.д. Однако это задача не по плечу исковому виду процесса, она — для следующего этапа развития состязательности. Публично-исковой метод оставляет внутренние условия процессуальной борьбы, связанные с мощью и способностями самих соперников, вне поля своего зрения, поэтому сторона защиты в нем относительно пассивна. Все, что она имеет, даровано ей законом; все, на что она может рассчитывать, она получает из рук суда.

Публично-исковую состязательность надо отграничивать от такой разновидности частно-искового судопроизводства, где обвинение могут поддерживать лица, действующие не только из частного, но и общественного интереса, — так называемое «народное» обвинение (Афины, Рим, современные Англия и Уэльс и т. д.).[1] Сама по себе деятельность обвинителя из публичных побуждений еще не делает публичным весь процесс. В принципе для решения публичных задач при некоторых социально-политических условиях, о которых говорилось ранее, может использоваться и частно-исковая конструкция. Если же перед нами состязательный процесс, который преследует цель установить объективную истину, но вместе с тем предполагает обвиняемого невиновным, все сомнения толкует в его пользу, а бремя доказывания возлагает на обвинителя — короче говоря, защита наделяется преимуществами, — это безусловно публично-исковой порядок производства. Данная оценка не меняется даже для такого процесса, где уголовное преследование вправе возбуждать и поддерживать наряду с государственными правоохранительными органами и частные лица, как это, по крайней мере, теоретически может иметь место в английском судопроизводстве.[2]

[1] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 26; *Гущев В. Е., Александров А. С.* Народное обвинение в уголовном суде. Н.Новгород, 1999.

[2] «В принципе, конечно, любой человек может представить заявление об обвинении, а не только полицейский чиновник» *(Уолкер Р.* Английская судебная система. М., 1980. С. 452).

Как известно, за всякое приобретение надо платить. Публично-исковой процесс не исключение. Потерпевший от преступления получает в нем союзника в лице государства, но союзника слишком мощного для того, чтобы ради потерпевшего отодвигать на второй план свои собственные интересы. В результате эти интересы могут доминировать, а полномочия государственных органов подавлять права потерпевшего. Речь идет прежде всего о праве граждан на судебную защиту от преступлений, то есть на возможность обращаться с обвинением непосредственно в суд. Для граждан «доступ к уголовному суду должен быть настолько же и даже более свободен, как и доступ к суду гражданскому. Монополия прокуратуры, устраняя его, является величайшим злом».[1] И. Я. Фойницкий усматривает опасность такой монополии в неизбежном послаблении со стороны государственных обвинителей государственным же чиновникам; в проведении ими правительственной линии там, где она может расходиться с интересами поддержания свободы слова, собраний и т. д.[2] Можно добавить к этому, что нередко бюрократический ведомственный интерес (например, состоящий в улучшении показателей отчетности о борьбе с преступлениями) толкает правоохранительные органы на незаконный отказ от возбуждения бесперспективных, с их точки зрения, уголовных дел и даже на сокрытие преступлений от учета. Кроме того, силы государства могут оказаться подорванными экономическими и политическими потрясениями, и тогда монополия прокуратуры и полиции на обвинение становится обузой не только для граждан, но и для государства. Выход из этого положения иногда усматривают в допуске к обвинению отдельных лиц, которым, однако, такая возможность должна предоставляться не только как частное право, но и как общественная функция. Другими словами, обвинителем предлагается стать не только потерпевшему, но и любому гражданину, чувствующему необходимость наказать общественное зло и которому право на обвинение принадлежит не как частное, а как гражданское, публичное. Речь, таким образом, идет о том, что принято называть «народным» обвинением. Формами реализации подобного права потерпевшего и других лиц могут быть добавочное (дополнительное) и субсидиарное обвинение.[3] Первая из этих форм предполагает допуск частного лица к участию в уголовном деле вместе с государственным обвинителем с предоставлением определенного объема процессуальных прав (по представлению доказательств, участию в судебных прениях, обжалованию решения суда и т. д.). Субсидиарное (заменяющее) обвинение — это участие частного лица в деле в качестве единственного обвинителя в случае отказа от обвинения должностного обвинителя.[4] Следовательно, не исключается ситуа-

[1] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 26.

[2] См. там же.

[3] См. там же.

[4] См.: *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. *21*—28.

ция, когда в качестве обвинителя может выступать и частное лицо. Впрочем, решение проблемы доступа к правосудию через институт субсидиарного, в особенности «народного», обвинения имеет и свои минусы. «Возможность злоупотребления правом уголовного обвинения настолько реальна и значительна, — пишет И. Я. Фойницкий, — что против нее необходимы серьезные меры; а между тем одни из этих мер (установление тяжелой ответственности за злоупотребление правом обвинения) нежелательны, так как могли бы парализовать само право обвинения, вызывая страх обращаться к нему, другие еще не выработаны».[1]

Попробуем разобраться в этой проблеме. Что происходит, если государственный обвинитель отказывается от дальнейшего преследования, в то время как пострадавшая сторона не собирается этого делать и настаивает на предоставлении ей судебной защиты? С позиции презумпции невиновности до приговора суда истина по делу как бы еще не видна, поэтому в данный момент нельзя сказать юридически, кто более прав — отказник-обвинитель или ригорист-потерпевший. Однако, с точки зрения потерпевшего, которому в результате преступления причинен вред, было бы несправедливо, если из-за позиции органа государственного обвинения он был бы ущемлен в возможности получить судебную защиту — ведь это, возможно, означало бы для него потерю надежды на воздаяние за наступивший вред. Значит, право потерпевшего на продолжение участия в процессе в роли субсидиарного обвинителя вполне обоснованно. Однако при этом он лишается мощного союзника в лице государства и остается один на один со стороной защиты, укрепленной законом в расчете на «правильную осаду», в то время как потерпевший, в лучшем случае, может угрожать ей лишь одиночной «вылазкой». Поэтому теперь интересы самого потерпевшего по справедливости требуют компенсации в виде выравнивания его процессуальных возможностей с возможностями защиты. Этого до некоторой степени можно добиться, предоставив ему право самостоятельно или с помощью своего представителя собирать доказательства.

Но как быть, если в деле нет частного лица, пострадавшего от преступления и готового взять на себя функцию обвинения? Можно ли, исходя из идеи общественного служения, предоставить это право любому другому гражданину? Соблазн такого решения, как мы видели, очень велик — ведь это так демократично, гражданственно и, кроме того, напоминает о «народном» обвинении в Древних Афинах и Риме, где оно, безусловно, сослужило обществу добрую службу. Но давайте взвесим это заманчивое предложение на весах категории справедливости. В самом деле, что означает допуск в процесс любого желающего в качестве субсидиарного обвинителя? То, что на смену прежнему, государственному, преследователю явится обвинитель совершенно новый, который в отличие от потерпевшего ранее не принимал участия в дан-

[1] См. там же.

ном процессе. С появлением следующего обвинителя сторона защиты вынуждена вторично начинать строить свою оборону, что ухудшает ее положение по сравнению с обвинителем. Но где гарантия, что и новый обвинитель не откажется досрочно от своих притязаний, а на его место не станет претендовать очередной радетель за общее благо? Ведь если можно субсидиарно заменить прокурора, тем более можно заменить и лицо частное: quod plus sit, semper inest et minus *(лат.)* — что верно для большего, верно и для меньшего. Таким образом, теоретически возможно, что обвиняемому, для того чтобы отстоять свою правоту в судебном споре, придется «сразиться» в процессе с неопределенно большим количеством обвинителей, что теоретически сводит его шансы на победу почти до нуля. Здесь мы, по сути, сталкиваемся с процессуальной стороной правила «поп bis in idem», которое воспрещает дважды привлекать к ответственности за одно и то же. Возможно, что римские юристы, которые его впервые сформулировали, намеревались таким образом создать гарантию против тягот бесконечного пребывания граждан под судом.[1] Древние греки не дозрели до такой юридической премудрости и, направо и налево применяя это «народное средство», испытали на себе все прелести сутяжничества, дошедшее у них прямо-таки «до геркулесовых столбов».[2] Однако введение лишь одноразового «народного» обвинения по мотивам «поп bis in idem» также далеко не идеальное решение проблемы. Запрет другому гражданину возобновить преследование после отказа прежнего «народного» обвинителя означал бы придание действиям последнего властного (преюдициального) значения, а это есть отступление от принципа равенства всех граждан перед законом и судом. «Народное» обвинение — плод частно-исковой процедуры, приспособленной для защиты публичных интересов. Для публично-искового процесса оно — «ferens liqno in silva» *(лат.),* таскание дров в лес. И если появление в процессе добавочного «народного» обвинителя еще как-то вписывается в принцип равенства сторон, то его замещающее участие это равенство уничтожает. Таким образом, субсидиарное (замещающее) обвинение может предоставляться только лицу, лично пострадавшему от преступления, «народное» же обвинение должно быть лишь добавочным.

Признание прав на поддержание в уголовном деле обвинения (равно как и гражданского иска) за частными лицами имеет и другое важное процессуальное последствие. Оно исключает возможность «автоматического» прекращения дела судом при отказе от обвинения государственного обвинителя. Это значит, что вопрос о прекращении

[1] Если обвинителей было несколько, претор назначал главного из них, остальные выполняли при нем добавочную функцию (восполнение пробелов в речи и т.п.).

[2] Это, впрочем, приобрело у них характер национального развлечения. Так Аристофан хвастался тем, что выдержал 75 обвинений, Демад — 17, множество раз пытались добиться осуждения Демосфена. Гражданин, который «никогда никого не обвинял», являлся предметом упреков. (См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 93).

дела по ходатайству государственного обвинителя может решать только суд (или следственный судья) с учетом законных интересов всех участников процесса.[1]

§ 4. ПУБЛИЧНО-СОСТЯЗАТЕЛЬНЫЙ (ПОСТСОСТЯЗАТЕЛЬНЫЙ) ВИД УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Это последний и наиболее зрелый вид состязательного процесса. В настоящее время он находится только в стадии формирования, поэтому те положения, которые будут сформулированы в этом параграфе, как бы разбросаны по разным легислативным формам в качестве ростков нового правового содержания. Данный процессуальный строй, с философской точки зрения, отвечает такому этапу развития общественного сознания, главная цель которого состоит в примирении индивида с его социальной сущностью, в достижении им более высокой степени социализации. Предыдущий публично-исковой порядок процесса, как мы знаем, также ставил перед собой эту задачу, однако делал он это половинчато и непоследовательно, пытаясь механически выровнять положение сторон за счет предоставления обвиняемому дополнительных, но пассивных процессуальных гарантий. Главной цели он не достиг, ибо процесс оставался исковым, а значит конфронтационным и комбатантным. Социологически публично-состязательный режим адекватен обществу постиндустриального (открытого, информационного) типа, которое сейчас также пребывает в стадии становления и где публичные цели могут достигаться не за счет перераспределения ресурсов в пользу властвующих субъектов, но стимулирования социально значимых интересов *всех* индивидов[2], предоставления им максимальных возможностей для реализации своего потенциала. «Маленькое прекрасно»,— этот лозунг информационной цивилизации актуален и для нового судопроизводства. Это означает, что публичность в постсостязательном смысле не должна ассоциироваться с главенством узкого государственного интереса. Она еще и неконфронтационность, *нонкомбатантность* процессуальных отношений. Общество начинает наконец понимать, что девиантное, отклоняющееся поведение есть побочный продукт, а возможно, даже элемент механизма социального развития, и что преступность, к сожалению, нельзя уничтожить, но можно преобразовать в менее опасные формы активности. Отсюда повышенное внимание к изучению причин совершения преступлений, к сбору информации о

[1] Такое решение характерно, например, для французского типа уголовного процесса после принесения прокурором уголовного иска. С согласия не только прокурора, но и подсудимого дело прекращается судом и в германском процессе (§ 153Ь УПК ФРГ).

[2] См.: *Тоффлер Э.* Третья волна. М., 1999; *Kumar K.* The rise of modern society. Aspects of the social and political development of the West. Oxford, 1988. P. 10.

них уже в ходе производства по уголовному делу с целью дальнейшего позитивного воздействия на правонарушителя. Задача государственного обвинителя теперь состоит не в том, чтобы добиться осуждения «хотя бы рухнул мир», — его в первую очередь должно беспокоить установление истины и соблюдение прав личности. Реабилитация невиновного — столь же ценный и желанный результат для обвинителя и суда, как и осуждение виновного. Это не означает, впрочем, что процесс утрачивает состязательный характер, ибо все основные признаки состязательности — наличие равных сторон и независимого суда — сохраняются. Более того, равенство сторон становится более глубоким. Публичная состязательность не стремится к их формальному равенству, как в частно-исковом судопроизводстве, и не ограничивается искусственным выравниванием с помощью пассивных гарантий, как в публично-исковом процессе, но обеспечивает стороны *достаточными возможностями* для активного отстаивания своих законных интересов. Речь, таким образом, идет не о равноправии сторон, а именно об их *функциональном равенстве,* когда равны не права, а процессуальные функции.

Публичность в таком понимании перестает быть требованием вести дело лишь в узких государственных интересах, только по долгу службы (ex officio), независимо от того, заявлено ли об этом требование сторон. Публичный процесс есть конечный исторический результат «оплодотворения» классической (частно- и публично-исковой) состязательности суровым розыскным началом. Розыск оставил в наследство состязательности официальность, а состязательность, следуя общему вектору цивилизационного развития, в свою очередь, переработала этот жесткий бюрократический принцип в новое, гуманитарное начало *общественного служения,* или *гражданственности.* Такой новый публичный процесс можно также назвать постсостязательным. Термин «постсостязательный» использован здесь отнюдь не в значении «послесостязательный», или «сменяющий состязательность». Латинская приставка post может означать не только «после», но и «сверх того, далее», например, в словах post-futuram — будущее, posteritas — будущность, post-principoram — то, что следует за началом и т. д. В этом смысле «постсостязательность» значит — «сверхсостязательность», «будущая состязательность». Она здесь — на службе всего гражданского общества, в отличие от публично-искового судопроизводства, где она имела характер узкогосударственный и в этом смысле обслуживала, в первую очередь, *корпоративный* интерес политэкономической элиты. Обобщая все сказанное, можно определить постсостязательную публичность как *гражданственность* процесса, а публично-состязательную процедуру в целом как юридическую форму *общественного дискурса* с целью решения вопроса об уголовной ответственности.

Итак, можно сказать, что постсостязательный процесс — это область *реальных возможностей* для всех его участников. Здесь мы подходим к одному очень важному моменту в описании данной фор-

мы. Для того чтобы обеспечить *каждому* из участников действительную возможность реализовать свои интересы в такой тесной и взрывоопасной сфере, как производство по уголовным делам, необходимо согласиться на одно непременное условие. Это *особо тщательное размежевание процессуальных функций,* ибо только благодаря несмешению в деятельности участников процесса противоположных интересов можно дать им возможность спокойно и объективно делать свое дело. В публичном процессе требование разграничения функций сверхактуально, ибо «весовые категории» участников здесь особенно неравны. Наиболее опасно для других участников смешение функций таких процессуальных «тяжеловесов», как публичный обвинитель и суд. Другими словами, постсостязательный процесс не может быть смешанным, но только сугубо состязательным! Розыскные и состязательные элементы не могут сочетаться в нем в рамках одной и той же процедуры, так как это и означало бы смешение функций.

Но как тогда быть с предварительным расследованием, которое всегда включало в себя следственно-розыскные элементы? Публично-исковой процесс, например, был немыслим без тесного соприкосновения с ними. Однако это было, скорее, соседство, а не родство, ибо публичный иск не сам породил предварительное расследование, а получил его в наследство от розыскного предшественника. Время исторического существования публично-исковой модели как вида состязательности пришлось в континентальной Европе на период господства следственно-состязательной модели французского морфологического типа, построенной на основе Кодекса уголовного следствия 1808 г. То есть реально публично-исковой процесс существовал здесь в смешанной форме, взаимодействуя с розыскными элементами, которые и составляли основу предварительного расследования. Постсостязательный процесс, не меньше, чем акционарные виды, нуждается в предварительном расследовании, но не может допустить в нем розыскного смешения функций. Поэтому судебный орган как гарант состязательного начала обязателен здесь не только в стадии разбирательства дела по существу, но и на предварительном следствии. Чаще всего его называют *следственным* судьей.[1] Единственная функция, которую может выполнять судья, — это функция юстиции (разрешения дела). На предварительном следствии она приобретает весьма специфическую форму, связанную с предварительным и подготовительным характером этой стадии. Тем не менее она должна оставаться чисто судебной, арбитральной деятельностью и заключаться в следующем:

1. Контроль за применением мер процессуального принуждения и соблюдением конституционных прав граждан, включая выдачу судь-

[1] Судебный орган есть на предварительном расследовании практически во всех морфологических типах процесса (в английском, французском и германском), хотя его функции могут в них существенно различаться. Как будет показано в дальнейшем, наиболее близко подходят они к описываемой идеальной модели в современном процессе германского типа, где на дознании действует обычно участковый судья.

ей разрешений на заключение обвиняемого под стражу, арест почтовой корреспонденции, а также на прослушивание телефонных переговоров и т. д. Это необходимо потому, что применение к обвиняемому этих мер непосредственно по решению противоположной стороны означало бы явное превосходство последней и нарушало принцип равенства сторон.

2. Легализация данных, собранных сторонами в ходе предварительного расследования, в качестве судебных доказательств, то есть допустимых для использования в судебном разбирательстве и т.д. Собранные сторонами доказательства уже на стадии предварительного расследования могут приобретать статус судебных лишь при условии проверки их в ходе состязательной процедуры, с участием сторон, перед лицом независимого следственного судьи.

3. Контроль за предъявлением первоначального обвинения на стадии предварительной подготовки. Наиболее приемлемой формой для этого является предварительное судебное слушание, так как здесь легче всего обеспечить участие обеих сторон и равные возможности для их состязания. Критерием основательности предъявляемого обвинения при состязательном подходе не может служить вывод о его полной доказанности, ибо это было бы предвосхищением результатов судебного разбирательства дела по существу.[1] На предварительных стадиях выводы суда относительно качеств обвинения должны иметь предварительный характер; они имеют целью разрешение вопроса не об уголовной ответственности, а лишь о целесообразности продолжения процесса и ограничения гражданских прав обвиняемого лица. Суд довольствуется проверкой наличия у обвинителя определенной совокупности допустимых доказательств, позволяющей сделать вывод о достаточной вероятности того, что обвиняемый виновен. Это и служит оправданием для дальнейшего продолжения процесса.

4. Принятие по ходатайству обвинителя итогового решения об окончании предварительной подготовки и *направлении производства* в стадию судебного разбирательства. Это позволяет уточнить представление о признаках публично-состязательного процесса. Публичная состязательность не терпит смешения не только уголовного преследования и судебного разрешения дела, но также уголовного преследования и принятия решений о направлении производства в следующую стадию. Ибо если решение по спору сторон, в том числе и предварительное решение о предании суду, принимает *заинтересованная* сторона, то будь она даже государственным органом

[1] В английском процессе, где судья действительно осуществляет подобный контроль в рамках процедуры предварительного слушания (preliminary hearing), для предъявления обвинения (process a charge, presentment) считается достаточно так называемой «разумной вероятности» (reasonable probability). Не требуется здесь полной достоверности и при решении вопроса о предании суду (committal, araraingment). В германском уголовном процессе все подготовительное производство (Vorverfahren) имеет своей целью установление *достаточного подозрения* в совершении лицом уголовно наказуемого деяния (§ 203 УПК ФРГ).

или чиновником, это означает не публичность, а акционарность и партикуляризм.

Совокупность названных полномочий называется *судебным контролем* на предварительном следствии, а решения, принимаемые при этом судом, — *юрисдикционными* постановлениями.'

Вместе с тем сам факт участия суда на подготовительных стадиях процесса или даже прямое руководство со стороны суда подчиненными ему следователями заключает в себе и определенную угрозу состязательности. Представим себе ситуацию, когда судья, принимавший участие в производстве предварительного следствия и имеющий на совести одобрение первоначального обвинения, подследственное заключение обвиняемого и т. д., должен будет затем выносить приговор по тому же самому делу. Для того чтобы этот приговор был оправдательным, судье надо признать весь свой предшествующий контроль, мягко говоря, недостаточным. Несмотря на предварительность и условность судейских выводов на начальных стадиях процесса, они так или иначе замыкаются на вопросе о виновности. Будучи, с одной стороны, причиной лишений обвиняемого, подобные юрисдикционные постановления служат, с другой, искушением для принявшего их судьи. Связанный ими, он становится причастным к уголовному преследованию.

«Судья, ответственный за предварительное следствие, — указывали А. М. Ларин и В.М. Савицкий, — вольно или невольно будет задумываться, как судебные решения отразятся на оценке руководимых им следователей и, значит, его собственной работы на данном участке. А это будет способствовать усилению опасной для правосудия и дискредитирующей суд тенденции — обвинительному уклону».[2]

Поэтому судебный контроль не может быть непосредственно продолжен правосудием, ибо это превращает состязательность в розыск. Где же выход? Он прост и безопасен для общества, но обременителен для казны. Необходимо, во-первых, чтобы осуществление контроля на предварительных стадиях процесса исключало дальнейшее участие того же судьи в рассмотрении дела по существу. Другими словами, судей должно быть, как минимум, двое: один для предварительного следствия и предания суду, другой — для правосудия. Но одной этой меры недостаточно, ибо в момент смены судей за курульным креслом встает тень ведомственного интереса. Судебная система, которая одной рукой закрывает за обвиняемым дверь арестантской камеры, а другой подписывает ему оправдательный приговор, рискует оказаться в положении гоголев-

[1] Применяя здесь данный термин, мы заимствуем его из французской юриспруденции, где он обозначает решения, принимаемые следственным судьей именно в качестве судьи (ordonnances juridictionnelles). См.: *Боботов СВ.* Правосудие во Франции, с. 148.

[2] *Ларин А. М., Савицкий В. М.* Каким быть следственному аппарату // Советское государство и право. 1991. № 1. С. 37.

ской унтер-офицерской вдовы, которая «сама себя высекла». Значит, с точки зрения публичной состязательности, для правильной постановки судебного контроля и правосудия не только судей, но и независимых судебных систем должно быть несколько. Следственные судьи не могут быть членами судов, входящих в систему учреждений, отправляющих правосудие. И наоборот, эти суды не вправе делегировать своих членов для участия в подготовительных стадиях состязательного процесса. Это положение надо считать de lege ferenda, так как ни в одной из существующих легислативных форм оно не проведено еще в достаточной степени.[1] Его реализация приведет к тому, что единая ранее функция юстиции будет дифференцирована на две относительно самостоятельные юстиционные, или юрисдикционные, подфункции — судебного контроля на предварительном расследовании in jure, с одной стороны, и рассмотрения и разрешения дела in judicio в дальнейших стадиях. Смешение этих подфункций при состязательности ради чистоты состязательности также весьма нежелательно, а в публично-состязательном процессе совершенно недопустимо.

Признаком публичной состязательности является активность суда, направленная как на реализацию полномочий по судебному контролю на предварительном расследовании, так и на выяснение истины в судебном разбирательстве.[2] Вопрос об активности и пассивности суда в состязательном процессе решается неоднозначно. Пассивность суда есть обязательная принадлежность частно-исковой разновидности состязательности; публично-исковой процесс в смешанных легислативных формах лишь факультативно допускает возле себя активность судей, исходящую от сопутствующих розыскных элементов. Только публично-состязательный уголовный процесс сам дозволяет суду роскошь быть активным. Показателен в этом отношении опыт английского уголовного процесса. Будучи частно-исковым и даже усвоив во второй половине XIX в. многие публично-исковые признаки, он долго не мог решиться на активизацию судебной деятельности.

На протяжении XVII—XIX вв. английский суд был традиционно пассивным в собирании и исследовании доказательств, уступая здесь пальму первенства сторо-

[1] Даже в английском судопроизводстве, наиболее близком к осуществлению этой идеи, мировые судьи, проводившие предварительное следствие (слушание), все же могут при определенных условиях (при рассмотрении апелляций на решения магистральных судов и т. д.) принимать участие в заседаниях Судов короны. Во Франции, Италии, Германии члены судов регулярно принимают участие в расследованиях. Так, в ст. 109 итальянской Конституции прямо указано, что «судебная власть непосредственно распоряжается судебной полицией».

[2] Это хорошо понимали уже составители Судебных уставов 1864 г.: «Начало судебного состязания сторон не исключает самодеятельности суда в уголовном судопроизводстве... но требует единственно того, чтобы по всем сведениям, относящимся к делу, сторонам предоставлена была возможность состязания. Задача уголовного суда есть открытие в каждом деле безусловной истины» (Судебные уставы с изложением рассуждений, на коих они основаны. Ч.И. СПб., 1867. С. 249).

нам. Это, по словам Д. Ф. Стифена, обеспечивалось «отсутствием всякой системы предварительного следствия».[1] В то же время английские судьи были «судьями Короны» в полном смысле этого слова. В XVII в. при первых Стюартах в судейских патентах указывалось, что они занимают свои должности «пока будет угодно королю». Актом о престолонаследии 1700 г. была, правда, установлена несменяемость судей до тех пор, «пока они ведут себя достойно», однако она распространяется только на судей высшего ранга, а мировые судьи могут быть отстранены от должности лордом-канцлером без указания причин. Назначение судей целиком находится в руках исполнительной власти, так как лорд-канцлер, которым или по представлению которого короной назначается подавляющее большинство судей, является членом кабинета — центрального органа исполнительной власти. Сам же лорд-канцлер, будучи также главой судебной системы страны, назначается на должность короной по представлению премьер-министра. Имена судей того времени — Джефриса и Скроггса сделались синонимами судебной несправедливости и жестокости. Однако к началу XX в. положение начинает меняться. Хотя назначение судей по-прежнему осуществляется при деятельном участии лорд-канцлера, «контроль короны над отправлением правосудия имеет теперь скорее формальный характер, — пишет Р. Уолкер. — Высшие суды называются «судами королевы», и судьи этих судов величаются «судьями ее Величества». Уголовное преследование на основании обвинительного акта ведется от имени короны... Однако эти так называемые прерогативы являются чисто внешними... Судебная деятельность судьи не подлежит контролю *ни законодательной, ни исполнительной власти* (курсив мой. — А. С.)».[4] Наблюдается рост дискреционных полномочий суда, в том числе по истребованию доказательств по своей собственной инициативе, однако никто больше не воспринимает это как рецидив розыскного порядка. Данное обстоятельство было тонко подмечено Ю. В. Мещеряковым, который писал: «В этом смысле, например, акт закрепления в конце 20-х годов за судьей в Англии полномочий по истребованию доказательств не может быть оценен как деструктивный по отношению к состязательному началу эпизод нормотворчества. Это нововведение органически дополнило состязательный принцип и развило его, не нарушая гомогенности его содержания. В то же время, если бы активность суда была институирована в XVIII—XIX вв., это могло бы привнести в английский состязательный процесс элементы розыска».[5]

Как представляется, английскому суду только тогда была дозволена активность, когда отпали подозрения в его предвзятости и политической ангажированности, связанные с зависимостью от верховной или исполнительной власти, когда разделение властей в политической

[1] *СтифенД. Ф.* Уголовное право Англии. СПб., 1865. С. 203.

[2] *Чельцое-Бебупюв М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 375.

[3] Джордж Джефрис (1640—1689) — лорд-канцлер при короле Якове II. Известен как жестокий гонитель политических противников короля. Во время «кровавых ассиз» при подавлении восстания Монмута общее число приговоренных им к смертной казни достигло 320 человек. После бегства Якова II Джефрис был арестован и заключен в Тауэр. Уильям Скроггс (1623—1683) с 1678 г. лорд — главный судья. В этой должности его сомнительные методы и дурные наклонности снискали ему недобрую славу, особенно во время процесса о так называемом «папистском заговоре». Был подвергнут Палатой общин процедуре импичмента в 1680 г. Однако король уволил его с должности с большим почетом.

[4] *Уолкер Р.* Английская судебная система, с. 198, 262.

[5] *Мещеряков Ю. В.* Формы уголовного судопроизводства, с. 26.

системе, достигшей определенного уровня зрелости, стало свершившимся фактом. Критерием здесь можно считать полное возобладание в области государственного права доктрины конституционализма.[1] Только гарантированное разделения властей, наличие отлаженной системы сдержек и противовесов выводит суд из-под подозрений в зависимости от администрации и дает ему реальную возможность влиять на установление истины.

Судейская активность на стадии предварительной подготовки может быть реализована в различных формах, однако наиболее эффективными, на наш взгляд, являются так называемые *судейские следственные действия,* направленные на собирание и легализацию судебных доказательств, а также *предварительные судебные слушания,* в которых удобно контролировать предъявление обвинения, правомерность ареста и т. п. Первая из этих форм используется в современном германском судопроизводстве, вторая - в процессе английского типа. Однако сразу оговоримся, что выполнение судьями следственных действий не должно превращаться в ведение ими предварительного следствия. Судья в публично-состязательном производстве не может быть следователем, то есть принимать дело к производству, выдвигать и проверять версии, предъявлять обвинение, составлять заключение по результатам следствия и т. д., так как это неизбежно ведет к смешению в его деятельности функций обвинения и юстиции. Поэтому судейские следственные действия в большинстве случаев должны проводиться по требованию сторон. Инициатива суда здесь уместна только тогда, когда речь идет о *проверке соблюдения конституционных прав участников процесса.* Активность суда никоим образом не должна превращаться в источник движения уголовного дела. Другими словами, суд не может подменять обвинителя: продолжать процесс при отказе последнего от уголовного преследования, по собственной инициативе истребовать доказательства заведомо обвинительного свойства или вопреки мнению стороны защиты предоставлять обвинителю дополнительную возможность для восполнения собранных им доказательств путем направления дела на дополнительное расследование. Что же тогда остается от судейской активности? — спросит нас взыскательный критик. Остается главное — то, что составляет признак *гражданственности* постсостязательного процесса, а именно защита прав и законных интересов *граждан,* участвующих в судопроизводстве. Это, естественно, означает, что суд проявляет активность при защите прав обвиняемого гражданина на свободу, личную неприкосновенность, право не быть необос-

[1] Конституционализм — политическая система, основанная на конституции и конституционных методах правления. В соответствии с ним господство права обеспечивается посредством разделения государственной власти на три ветви: законодательную, исполнительную и судебную, которые независимы и уравновешивают друг друга (см.: Большой юридический словарь, с. 300, 577).

нованно и несправедливо осужденным и т. д. В той же мере это касается и защиты законных интересов потерпевшего, частного обвинителя, гражданского истца, гражданского ответчика и др. А как быть с государственными органами уголовного преследования, неужели их права постсостязательный суд не должен столь же активно защищать? Конечно, должен, однако с обязательной поправкой на то, что их законные интересы в постиндустриальном мире состоят всецело в служении обществу, гражданам, а не бюрократическому Молоху. Следут также иметь в виду, что законность интереса государственного обвинителя ограничена требованием равновесия (функционального равенства) сторон, и присоединение к нему, обвинителю, еще и суда в качестве дополнительного «взыскателя истины» способно серьезно нарушить этот хрупкий баланс, чего нельзя сказать в случае оказания судом такой же помощи гражданам. Вслед за информационным обществом постсостязательный суд мог бы воскликнуть: да здравствует малое, через которое открывается большее! В том-то и состоит отличие будущего суда от всех предшествующих форм, что он перестает отождествляться лишь с государством, но выступает органом публичного дискурса. Общая государственная основа формирования судебных и следственных органов не должна служить к их взаимному предпочтению, ведь главная задача государства здесь — обеспечить эффективное разделение процессуальных функций.

Впрочем, активность участников процесса вообще есть существенная черта публичной состязательности, и она не ограничивается лишь деятельностью публичного обвинителя или суда. Она находит выход также в широкой *процессуальной самодеятельности* стороны защиты, а также потерпевшего и гражданского истца. Обвиняемый и защитник получают возможность принимать на предварительном расследовании участие в судейских следственных действиях. Именно в них создаются на этой стадии главнейшие судебные доказательства (показания свидетелей, протоколы осмотров, обысков и т. д.), поэтому присутствие обвиняемого и защитника здесь особенно полезно. Они имеют благодаря этому возможность своевременно и, что особенно важно, *непосредственно* знакомиться с доказательствами. Кроме того, «живой» способ ознакомления защиты с материалами дела служит интересам не только защиты, но и обвинения, так как придает расследованию необходимую оперативность и гибкость. Обвинитель не менее других участников процесса заслуживает право реализовать свой процессуальный интерес. Когда же на него возложена обязанность еще до суда знакомить обвиняемого или защитника со всеми собранными им материалами дела, баланс сил может незаслуженно сместиться в пользу защиты. Несколько утрируя, скажем, что есть дилемма — либо знакомить защиту со всеми материалами дела, но ничего не давать ей делать, либо дать делать все, что она захочет, но ничего не показывать, кроме того, что она сама уви-

дит! Первый вариант — следственный, второй — состязательный, ибо кто сказал, что состязаться можно, только наперед предупреждая соперника обо всех своих планах? Не удивительно, если после этого планы не сбудутся. Особенно велика такая опасность по делам, связанным с организованной мафиозной преступностью, которая останется одной из основных криминологических проблем грядущего века[1] и которая, возможно, является неизбежным спутником либеральных тенденций развития современной цивилизации.[2] Как показывает практика, эта опасность состоит в воздействии со стороны мафиозных структур на свидетелей, результатом чего является ослабление или разрушение обвинительной доказательственной базы в судебном разбирательстве.[3] При непосредственном способе ознакомления обвиняемого с доказательствами обвинитель, исходя из тактических соображений и в интересах расследования, может сам решать, каких свидетелей следует допросить перед следственным судьей уже на предварительной стадии, а каких целесообразно сохранить до суда первой инстанции. Это отнюдь не нарушает состязательных принципов, но позволяет публичному процессу быть эффективным средством установления истины в новых криминологических условиях. Нонкомбатантность публично-состязательного порядка состоит, таким образом, совсем не в том, чтобы воткнуть в землю штык борьбы с преступностью, а в том, чтобы не тыкать им в первого встречного!

Помимо «точечного» участия защиты в судейских следственных действиях принцип активности предполагает еще и право защиты самой свободно собирать доказательственную информацию всеми способами, не противоречащими закону. Это значит, что обвиняемый и защитник вправе не только ходатайствовать перед судом об истребовании доказательств, но и непосредственно вызывать в суд своих свидетелей и экспертов. Такое расширение прав защиты требует пересмотра ее роли в уголовном процессе, которая наполняется особым публичным смыслом. Он уже не представитель обвиняемого, а *правозаступник*.

«Даже в деятельности защиты, — читаем мы у И. Я. Фойницкого, — замечается большее и большее развитие обязательности для нее служения интересам дела и правосудия предпочтительно перед частными интересами обвиняемого ... Не будучи ни частным ре-

[1] См.: *Лунеев В. В.* Преступность XX века, с. 468—469.

[2] См.: *Вандышев В. В., Смирнов А. В.* Организованная преступность и уголовная юстиция // Организованная преступность — угроза культуре и державности России. СПб., 1998. С. 153—161.

[3] То, что уже сегодня это вполне реальная угроза, подтверждает статистика. Например, по данным МВД России, в 1995 г. в 57 регионах страны не было реализовано *ни одного* дела оперучета с привлечением к уголовной ответственности членов бандитских группировок, а каждое пятое из все-таки возбужденных уголовных дел было прекращено производством. *{Куликов А.* Стабильное развитие государственности невозможно без обуздания преступности // Милиция. 1996. № 1. С. 8).

меслом, ни правительственной должностью, адвокатская деятельность есть свободная профессия, в видах публичного интереса отправляемая».[1]

Выше говорилось о том, что постсостязательность исключает смешение в одном и том же реальном производстве состязательных и розыскных начал. Тем самым она выходит за узкие рамки идеальной типологии. Однако это одновременно означает, что в *разных* производствах розыскные и состязательные начала соседствовать могут. Более того, это желательно! Постсостязательный порядок настолько силен, что может не бояться применения рядом с собой некоторых розыскных форм. Главное, чтобы розыскные процедуры занимали свое естественное место, которое определяется соответствием предмета и метода правового регулирования. Поскольку розыскное начало есть результат применения административного метода правового регулирования в области судопроизводства, то розыскные процедуры уместны лишь в отношении таких уголовных деликтов, которые граничат с административными правонарушениями. Это первое условие. Второе состоит в том, чтобы розыскные формы использовались только с согласия обвиняемого и имели состязательную альтернативу. В настоящее время в уголовном процессе ряда государств можно найти аналоги подобных розыскных процедур. Примерами могут служить суммарное производство в отношении малозначительных преступлений (summary offences, petty offenses) в процессе английского типа, германское производство в порядке судебного приказа (§ 407—412 УПК Германии), французский институт «штрафа по соглашению» (ст. 524—528 УПК Франции).

Итак, на знамени будущего постсостязательного процесса можно будет прочесть — гражданственность, дискурс, нонкомбатантность, активность, строгое разделение функций и равенство возможностей участников.

§ 5. СИСТЕМА ПРИНЦИПОВ СОСТЯЗАТЕЛЬНОГО ПРОЦЕССА

1. Понятие принципов и их система

Семантически принципы — это руководящие идеи, основные правила деятельности. Поскольку право — это, в сущности, общеобязательные требования справедливости, то правовые принципы есть не что иное, как мера справедливости в праве. Закон легитимен, то есть имеет правовое содержание постольку, поскольку он отвечает принципам права. Они — не просто юридические идеи, а объективно необходимые общеобязательные критерии справедливого и должного в

Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 470—471.

праве. Какое-то время эти регуляторы присутствуют в праве неявно, не будучи теоретически осознаны и как бы растворяясь во множестве норм — как законодательных, так и обычных. Однако по мере развития права и роста правосознания принципы вычленяются из правовой материи в качестве определенных юридических идей, а с развитием юридической техники могут закрепляться в законе (как правило, при его кодификациях) в виде отдельных правовых предписаний. Получив подобное признание, они обретают относительную самостоятельность и начинают служить своего рода барометром при изменениях текущего законодательства и компасом для дальнейшего формирования права. Итак, принципы права, во-первых, могут индуктивно выводиться из некоего множества норм, а во-вторых, (более развитая форма) существовать в качестве нормативных предписаний, закрепленных в специально посвященных им статьях законодательных актов. Принципы могут быть общеправовыми, межотраслевыми, отраслевыми, а также действовать в рамках отдельных институтов той или иной отрасли права. Не составляет исключения и уголовный процесс, где работают все указанные группы принципов. При этом необходимо иметь в виду, что каждый тип судопроизводства — как состязательный, так и розыскной — имеет свою особую органическую систему принципов, не только не совпадающих с принципами процесса иного типа, но, как правило, им откровенно противоположных. В то же время каждый идеальный тип процесса, в свою очередь, распадается на ряд его видов, и каждая видовая система принципов может иметь свои особенности. Поскольку анализ общественных явлений целесообразно начинать с наиболее зрелых форм, в которых все существенные стороны исследуемого предмета получили максимальное выражение, внутреннюю «анатомию» судопроизводства также следует раскрывать на примере самого развитого его вида. Как было показано ранее, наиболее зрелой разновидностью состязательного типа в силу достигнутого уровня социализации является публично-исковой процесс. В нем уголовно-состязательная идея, освободившись наконец от всякого рода чуждых элементов, нашла свое логическое завершение, а система принципов отличается максимальной разветвленностью и многообразием. Поэтому именно ее мы принимаем за конечный образец системы принципов состязательного уголовного процесса. Эти принципы по степени общности можно подразделить следующим образом.

1. Общеправовые принципы: законность, суверенитет, разделение властей, равенство граждан перед законом и судом, неприкосновенность личности, жилища и частной жизни и др. Названные положения принадлежат к числу фундаментальных начал правовой системы. Они отражают гуманистическую сущность современного права, обеспечивающего целостность и развитие всего общества благодаря свободе, правовой защищенности и равноправию индивидов. Общеправовые принципы преломляются в уголовном судопроизводстве в

целый спектр норм, которые, не вытекая непосредственно из состязательной идеи, тем не менее близки и созвучны ей, ибо общей основой и здесь и там является либеральное мировоззрение.[1]

2. Межотраслевые принципы: независимость суда, процессуальное равенство сторон, недопустимость повторного привлечения к ответственности за одно и то же деяние (поп bis in idem), установление истины, оценка доказательств по внутреннему убеждению, гласность, непосредственность исследования доказательств, процессуальная экономия («право не одобряет проволочек»), авторитетность состоявшегося по делу судебного решения. Это руководящие начала состязательного происхождения, общие не только для уголовного, но также для гражданского и арбитражного процессов, а отчасти — для производства об административных правонарушениях.[2]

3. Отраслевые уголовно-процессуальные принципы: привилегия защиты (favor defensionis), включая презумпцию невиновности и толкование сомнений в пользу обвиняемого, обеспечение права обвиняемого в совершении преступления на защиту. Данные принципы действуют только в уголовном процессе.

4. Принципы отдельных состязательных институтов уголовно-процессуального права: принцип «почвы», определяющий действие уголовно-процессуального закона в пространстве, привилегия против самообвинения («никто не обязан свидетельствовать против самого себя»), недопустимость поворота обвинения к худшему, «правдой владеет присяжный», свобода обжалования судебных решений и т. д. Такого рода принципы, или правила, как еще называют некоторые из них, определяют характер отдельных институтов уголовного процесса, чем отличаются от отраслевых, пронизывающих все стадии судопроизводства. В то же время каждое из этих правил как бы находится в орбите одного из названных выше отраслевого или межотраслевого принципов.

2. Общеправовые принципы

Общеправовые принципы действуют во всех отраслях права, но каждая отрасль все же придает им особенность, специфическую форму выражения. Так, например, начало законности в уголовном процессе выглядит несколько иначе, чем в уголовном праве, а разделение властей здесь — это не совсем то же самое, что в праве конституционном. Такое положение естественно, ибо каждая отрасль имеет свой особый предмет и методы регулирования, а значит, видит одни и

[1] Более того, возможно, современная состязательность и сама есть проявление некоего нового общеправового принципа — условно назовем его принципом *индивидуальной свободы,* — согласно которому любому индивиду предоставляется максимум личных возможностей для отстаивания своих законных интересов.

[2] Отчасти, так как производство об административных правонарушениях включает лишь отдельные элементы состязательной процедуры.

те же общеправовые принципы под разными углами зрения. Еще в большей степени это относится к идеальным типам уголовного судопроизводства. Тождество в состязательном и розыскном производствах некоторых общеправовых или межотраслевых принципов (законность, публичность) в силу диаметральной противоположности этих типов имеет, главным образом, этимологический характер, а сами эти начала наполнены различным содержанием. Рассмотрим основные общеправовые принципы, имеющие отношение к уголовному процессу.'

2.1. Законность в состязательном уголовном процессе

Законность в состязательном процессе предполагает необходимость строгого соблюдения правовых норм, однако с иной целью и иначе, нежели при инквизиционном производстве. Законность здесь, во-первых, не движущая сила процесса, а *критерий, показатель* соблюдения основных устоев состязательности. Во-вторых, она предполагает не механическое следование букве формальных предписаний, а соблюдение определенного *правового режима*.' Законной считается такая процедура, при которой не страдают *общеправовые принципы,* а также принципы *равенства сторон* и *независимости* суда — эти краеугольные камни состязательного судопроизводства.

Нарушение равенства сторон может иметь место в следующих случаях:

а) применение одной из сторон (обычно уголовного преследования) к другой (как правило, к обвиняемому, подозреваемому) принуждения без достаточных оснований и без судебного контроля;

б) введение в заблуждение одной из сторон относительно ее прав, а также умолчание о них там, где без разъяснения прав невозможно обеспечить равенство сторон;

в) лишение той или другой стороны эффективной возможности знакомиться с требованиями и доказательствами, представленными в суд ее процессуальным противником, а также принимать участие в их судебном исследовании;

г) лишение обвиняемого возможности защищаться против предъявленного обвинения или стеснение его в этом праве;

д) нарушение правил *favor defensionis* (преимущества защиты), в том числе презумпции невиновности;

е) проведение судебного разбирательства в отсутствие обвиняемого, если им не заявлено ходатайство о заочном рассмотрении дела;

ж) ограничение при доказывании обстоятельств дела производными доказательствами, если имеется фактическая возможность представления (достижимость) доказательств первоначальных;

[1] Как это ни парадоксально, понятие законности в состязательном процессе ближе к понятию права, чем закона. Быть может, поэтому в англо-американской состязательной юридической традиции принято использовать термин *«должная правовая процедура», а не «законность»*.

з) чрезмерная продолжительность процесса или предварительного заключения, ибо обвиняемый при этом обычно оказывается в значительно худшем положении, чем обвинитель.

Принцип независимости суда страдает, если:

а) суд пристрастен либо имеются обстоятельства, ставящие под сомнение его беспристрастность;

б) на суд возложено выполнение функций, присущих обвинению или защите;

в) суд связан предустановленными правилами оценки доказательств;

г) суд допускает в процесс представленные стороной доказательства, несмотря на допущенные при их собирании *процессуальные нарушения,* характер которых таков, что они объективно оставляют сомнения в достоверности полученных данных. Суд, таким образом, попадает в *зависимость* от добросовестности или недобросовестности стороны, представившей эти доказательства.

Нарушение принципов равенства сторон и независимости суда означает одновременно и отступление от прочих принципов и правил состязательности, ибо все они вытекают из этих начал. Подобные дефекты представляют собой *существенные нарушения* процессуальной формы *ж режима законности* в уголовном судопроизводстве.

Юридические последствия такого рода нарушений могут быть различны, в зависимости от того — *восполним* или *невосполним* причиненный при этом вред. Критерием восполнения является восстановление равновесия сторон и независимости суда. Так, например, получение признательных показаний обвиняемого путем применения к нему насилия в ходе предварительного расследования подрывает равенство сторон, причем их паритет при производстве данного следственного действия уже не может быть восстановлен «задним числом». Поэтому результат допроса юридически ничтожен, даже если полученные таким способом показания обвиняемого оказались правдивыми. Напротив, если подозреваемый или обвиняемый вопреки закону не был предупрежден следователем о своем праве не давать против себя показания, однако заявил в суде, что данный дефект никак не повлиял на его готовность помочь следствию, это означает, что равновесие сторон фактически не было нарушено, а полученные показания сохраняют юридическую силу.

Другой пример. Проведение обыска без участия понятых — невосполнимое нарушение, так как нельзя вернуться в прошлое и провести то же самое следственное действие вновь. Сомнения в достоверности полученных при этом данных имеют неустранимый характер. Поэтому протокол подобного обыска должен быть признан незаконным, недопустимым доказательством. С другой стороны, такое отступление от требований закона, как отсутствие подписи понятых в протоколе, может быть преодолено в суде при допросе понятых, если они подтвердят факт своего участия в следственном действии. Сомнения в достоверности полученных в ходе обыска данных таким образом могут быть устранены. Оставаясь по своему характе-

ру существенным ввиду посягательства на независимость (объективность) суда, подобное нарушение, будучи восполнено, более не нарушает принцип судейской независимости, а потому не должно уничтожать и допустимость доказательства.

Некоторые процессуальные нарушения могут считаться *несущественными,* так как они не подрывают режим законности в состязательном процессе. Так, например, присутствие в зале судебного заседания лица моложе 16 лет, не являющегося подсудимым, потерпевшим и свидетелем, есть нарушение требования закона, тем не менее оно не влечет за собой отмены приговора или признания недопустимыми полученных в судебном следствии доказательств, ибо никак не отражается на сохранении равенства сторон и независимости суда. То же можно сказать о незначительном нарушении сроков предварительного расследования или судебного рассмотрения дела; нарушении правил подследственности, если это не связано с ущемлением законных интересов подозреваемого, обвиняемого и не отражается отрицательно на объективности и полноте расследования; нарушении некоторых своих процессуальных обязанностей обвиняемым, свидетелем, потерпевшим (например, обязательства о явке по вызову следователя, прокурора и суда), экспертом, специалистом, личными поручителями и т. п. Впрочем, признание процессуального нарушения несущественным с точки зрения обеспечения основ справедливого и состязательного судопроизводства совсем не означает, что оно должно оставаться без последствий. Однако формы реагирования на несущественные правонарушения должны быть иными, чем на существенные, — это не признание ничтожными собранных доказательств, принятых процессуальных решений и совершенных актов, а вынесение предупреждений, представлений, частных определений, наложение денежных взысканий, удаление нарушителя порядка из зала судебного заседания, наложение дисциплинарных взысканий, передача дела по подследственности и подсудности и т. д.

Юридические последствия процессуальных нарушений для дела могут быть различны. В одних случаях они имеют *частный* характер и заключаются в утрате отдельными доказательствами допустимости, неправомерности тех или иных действий участников процесса и процессуальных решений. Такого рода нарушения не отражаются на судьбе всего уголовного дела. Однако есть нарушения *общего* порядка, которые исключают законность всего производства по делу и принятого по нему итогового решения (приговора, определения или постановления о прекращении дела и т. д.). *Все несущественные нарушения* относятся к числу *частных.* Существенные нарушения *могут быть* частными. Будучи сами по себе невосполнимы, они все же допускают замену недопустимых доказательств, незаконных процессуальных актов другими, отвечающими правовым требованиям. Благодаря этому возможно сохранение режима законности процесса в целом. Так, например, исключение из числа доказательств показаний, полученных при помощи незаконных методов, может быть компенсировано допросом того же лица с соблюдением всех требований за-

кона; незаконное постановление органа дознания об отказе в возбуждении уголовного дела отменено прокурором и т. д. Существенные нарушения также могут быть общими, но все *общие* процессуальные нарушения существенны. Классические примеры — нарушение правил об источниках уголовно-процессуального права, действии уголовно-процессуального закона во времени и пространстве; осуществление судопроизводства неконституционным органом и т. д. С самого начала подобные деликты превращают всю судебную процедуру в незаконное действо, а ее результаты лишают юридической силы. Иногда *общие* нарушения произрастают из *частных.* Это может иметь место в случаях, когда нарушение по своей природе является существенным, а замена недопустимого доказательства или незаконного акта своевременно не произведена. Например, нарушение требований закона об обеспечении обвиняемого или подозреваемого помощью защитника вначале имеет *частное* значение и может быть устранено. Однако оставление его без внимания прокурором, судом может привести к пороку всего производства по делу и незаконности постановленного приговора.

Подводя итог сказанному, процессуальные нарушения в состязательном процессе можно классифицировать:

а) по *объекту воздействия* — на *существенные* нарушения, посягающие на общеправовые принципы, а также основополагающие межотраслевые принципы равенства сторон и независимости суда, а вместе с ними *к режим законности* в судопроизводстве, и *несущественные,* имеющие в качестве своих объектов иные отношения;

б) по *фактическим последствиям* — на *восполнимые,* то есть допускающие восстановление с помощью дополнительных процессуальных действий равновесия сторон и независимости суда и т. д., и *невосполнимые,* имеющие необратимый характер;

в) по *юридическим последствиям* — на *частные,* имеющие своим результатом недопустимость отдельных доказательств, неправомерность тех или иных процессуальных решений и действий, и *общие* процессуальные нарушения, подрывающие *режи.и законности* всего процесса и влекущие недействительность итогового решения по делу.

Законность — это *справедливость* судопроизводства,[1] но справедливость не абстрактная, а точно взвешенная на весах правосудия, где права человека есть мера публичного интереса. Можно сказать, что понятие законности в состязательном процессе отражает саму сущность *юстиции.* «Руководящее начало законодательной власти — государственное благо в будущем, руководящее начало правительственной власти — целесообразность. Судебная власть призывается

[1] Так, классическое римское право исходило из максимы: «lex respicit aeguitatem» — закон уважает справедливость. Знаменитый Ульпиан определял правосудие и юриспруденцию как познание божественных и человеческих дел и науку о справедливом и несправедливом. (См.: Дигесты Юстиниана, с. 25). Слово «юстиция» также означает справедливость.

к осуществлению в государственной жизни начала законности», — говорил И. *Я.* Фойницкий.'

Законность может рассматриваться, кроме того, и как *технико-юридический* принцип, связанный не только с преодолением правонарушений, но и с *толкованием* правовых норм в процессе их применения, соблюдения и использования участниками процесса. Толкование норм права нацелено на устранение сомнений и неясностей, допущенных при изложении правовых норм в законодательных актах, а также на интерпретацию обобщенных правовых понятий в целях правореализации. В этом смысле принцип законности требует использования всех необходимых средств и методов юридического толкования для выяснения действительного смысла закона и устранения коллизий правовых норм. Так, при несоответствии акта государственного или иного органа закону суд должен принять решение в соответствии с законом, а в случае обнаружения, что сам закон противоречит Конституции, — согласно Конституции.

2.2. Равенство граждан перед законом и судом

Правовое равенство всех людей есть отправная точка представлений о справедливости и человечности, ибо «лишь отнесясь к человеку Павлу, как к себе подобному, человек Петр начинает относиться к самому себе, как к человеку».\|Гст. 19 Конституции РФ провозглашается равенство всех перед законом и судом: «Государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, местожительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств». Это же общеправовое положение воспроизводится и в российском Уголовно-процессуальном кодексе. Всеобщая декларация прав человека (ст. 10) еще более радикальна — она утверждает право каждого человека на справедливый суд на основе *полного* равенства.

Как можно видеть, данный принцип регулирует в процессе правовое положение *человека.* Иначе говоря, он не имеет непосредственного отношения к правовому положению государственных *органов,* ведущих процесс, — следователя, прокурора, суда. Это естественно: ведь последние не могут иметь ни национальности, ни расы, ни конфессиональной (религиозной) принадлежности, не состоят в политических объединениях и т.д. Вместе с тем следователи, судьи и другие должностные лица — люди и граждане, поэтому при занятии ими соответствующего процессуального положения на них также распространяется действие данного принципа. Так, неправомерно отказать граждани-

[1] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 158.
[2] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 23. С. 62.

ну в праве исполнять должность следователя, судьи, прокурора или вступить в этом качестве в дело лишь по той причине, что у него «неподходящая» национальность, пол, происхождение и т. д.

.*Равенство перед процессуальным законом* понимается как одинаковые для всех условия, процедуры и комплекс процессуальных гарантий в рамках занимаемого лицом процессуального положения. Следует подчеркнуть, что равенство перед законом не означает, что права и обязанности всех участников процесса абсолютно одинаковы. Во-первых, комплекс этих прав и обязанностей варьируется в зависимости от особенностей выполняемой тем или иным участником процессуальной *функции*. Ясно, что права и обязанности потерпевшего не могут быть приравнены к правам и обязанностям обвиняемого или защитника и т. п. Во-вторых, даже для одних и тех же категорий участников процессуальная форма может дифференцироваться с учетом их индивидуальных особенностей (возраста, состояния здоровья и т. д.), о чем уже говорилось ранее при рассмотрении вопроса о действии уголовно-процессуального закона во времени и пространстве"?)

Равенство перед судом означает, что суд обязан не отдавать никому *предпочтения* по мотивам социального, имущественного и иного характера. При этом упоминание в тексте закона лишь о суде следует толковать расширительно. В самом деле, вряд ли кому-либо в голову придет мысль, что граждане равны лишь перед судом, а органы предварительного расследования либо прокурор вольны проводить всяческую дискриминацию. В то же время уместно и ограничительное толкование данного тезиса. На практике имущественное, социальное положение, национальная и государственная принадлежность людей и другие обстоятельства личного порядка не могут не учитываться в процессуальной деятельности. Так, например, залог как меру пресечения бессмысленно применять в отношении неимущих. В этом смысле положение состоятельного лица при возникновении перед следователем дилеммы, какую меру пресечения избрать — арест или залог, предпочтительнее, чем несостоятельного, которое в подобной ситуации, скорее всего, угодит под стражу. Важно, однако, чтобы такое предпочтение носило не субъективный, а объективный характер, то есть было продиктовано истинными интересами правосудия, а не личными симпатиями или антипатиями правоприменителя)

2.3. Принцип разделения властей и уголовный процесс

Принцип *разделения властей* — краеугольный камень современного конституционализма, политической системы, основанной на конституции и конституционных методах правления.[1] В соответствии с ним господство права обеспечивается посредством разделе-

См.: Большой юридический словарь, с. 300, 577.

ния государственной власти на три ветви: законодательную, исполнительную и судебную, которые независимы и уравновешивают друг друга. Само собой разумеется, что принцип, декларирующий в числе других *независимость судебной власти,* играет значительную роль в судопроизводстве. Более того, именно он определяет его *современный* состязательный облик. Без союза с конституционализмом правосудию было суждено взойти на голгофу инквизиции или навсегда остаться в скорлупе архаической обвинительной формы. Именно подлинная независимость, как было установлено нами ранее, позволяет суду *активно* включиться в поиски истины по делу и наряду с равенством сторон служит в состязательном процессе залогом соблюдения процессуальной *законности.*

Независимость суда разделяется на *внешнюю* и *внутреннюю.*^ И если внутренняя независимость есть чисто процессуальный (межотраслевой) принцип и потому будет рассмотрен ниже, то внешняя независимость — это та часть общеправового принципа разделения властей, которая непосредственно вторгается в уголовное судопроизводство, образуя здесь ряд процессуальных норм. И. Я. Фойницкий определяет внешнюю самостоятельность судебной власти как «такое государственное положение ее, которое обеспечивает каждому суду отправление судебных функций независимо от каких бы то ни было посторонних ведомств или лиц, сообразно закону и истинным интересам правосудия».[2] В состязательном судопроизводстве внешняя независимость суда выражается в следующих процессуальных положениях:[3]

• Только суд вправе осуществлять правосудие, то есть никакие внесудебные государственные органы не могут решать уголовные дела.

• Каждое лицо имеет право на *обычный, или естественный,* суд, или, иначе говоря, должен быть запрет на создание чрезвычайных судов ad hoc, а также произвольную передачу дела в суд необычной для данного лица юрисдикции (иной территориальной или персональной подсудности).

• Суд самостоятельно применяет закон, не обращаясь за разъяснением его к другим государственным властям. Это положение выражается формулой римского права: lex non deficit in justitia exhibenda—закон не имеет пробелов, когда речь идет о предоставлении правосудия.

[1] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 158—195.

[2] Там же, с. 158.

[3] Мы не рассматриваем здесь ряд юридических гарантий внешней судейской независимости, которые относятся по своей отраслевой принадлежности не к уголовно-процессуальному праву, а к судоустройству: независимость судебной власти в области судебного управления, несменяемость судей, несовместимость судейской службы с другими профессиями; судейский иммунитет и т.д.

• Решения суда имеют обязательную силу для исполнительной государственной власти. Независимость судебной власти была бы невозможна, если бы исполнительная власть сама определяла, выполнять ей судебные решения или нет. Суд в этом случае вынужден был бы подстраиваться под политику исполнительной власти, а закон подменялся административным усмотрением.

• Законодатель не подменяет суд в оценке доказательств. Lex поп exacte defmit, sed arbitrio boni viri permitit *(лат.) —закон не определяет точно, но предоставляет свободу для суждения справедливого человека.* Закон, в том числе процессуальный, для суда обязателен. Но законодатель должен формулировать лишь общие правила поведения. Когда же он впадает в излишнюю казуальность, пытаясь предопределять по своему вкусу судебные решения, легитимность самого закона повисает на волоске. Поэтому состязательное судопроизводство всегда с подозрением относилось к попыткам установить посредством закона жесткие правила допустимости доказательств, видя в них поползновение законодателя сделаться судьей *заочным,* а значит несостязательным. Этим не оспаривается право законодателя устанавливать определенный режим собирания и проверки доказательств, однако последствия его нарушения оцениваются судом по внутреннему убеждению. И только если допущенное нарушение является *существенным,* полученное доказательство должно признаваться *судом* недопустимым. Примечательно, что английский морфологический тип судопроизводства, наиболее близкий к состязательной модели, традиционно не признает жестких рамок допустимости доказательств, предоставляя решать этот вопрос суду. Так, норма общего права устанавливает, что «признание обвиняемого, полученное с нарушением закона, может служить допустимым доказательством виновности, когда оно сделано свободно и добровольно, то есть без давления или угрозы со стороны должностных лиц». Согласно же известному прецеденту по делу Кьюрумэ (1955 г.), «доказательства, полученные с нарушением закона, могут быть исключены по усмотрению судьи, если правило о допустимости таковых будет действовать несправедливо по отношению к обвиняемому».[1]

Принцип разделения властей имеет определяющее значение для решения вопроса об активности суда, о чем уже шла речь при описании публично-исковой разновидности состязательного процесса.

2.4. Суверенитет в уголовном процессе

Суверенитет есть *независимость* и *верховенство* власти. Различают *государственный, национальный* и *народный* суверенитет.[2] Госу-

[1] *Heydon J. D.* The illigally obtained Evidence // The Criminal law Review. October, 1973. P. 604.

[2] См.: Большой юридический словарь, с. 663—664.

дарственный суверенитет — это независимость государства в международном аспекте и его верховенство внутри страны. Во внешней сфере независимость государственной власти проявляет себя как *принцип невмешательства* государств во внутренние дела друг друга. В области юстиции *принцип невмешательства* означает, что ни одно государство не вправе предпринимать никакие акции, распространяющие его судебную юрисдикцию на территорию других государств без законно выраженного согласия последних. Применительно к внутренней правовой политике из суверенитета, понимаемого как *независимость* государства, вытекает *территориальный принцип* действия уголовно-процессуального закона, согласно которому, невзирая на место совершения преступления, производство по уголовным делам на территории страны ведется в порядке, установленном ее уголовно-процессуальным законодательством.

Суверенитет как *верховенство* государственной власти в уголовном процессе состоит, *во-первых,* в том, что сам порядок производства по уголовным делам может быть установлен только государством в лице его законодательного органа.[1] *Во-вторых,* и судебная власть, и прокурорский надзор, как правило, получают свои полномочия непосредственно от высших государственных должностных лиц и органов — главы государства (Франция, Испания, Италия, Бельгия и др.)[2], реже — парламента.[3] Судьи Верховного Суда Российской Федерации и Генеральный прокурор назначаются верхней палатой парламента — Советом Федерации по представлению Президента России, судьи нижестоящих федеральных судов — самим Президентом (ст. 128, 129 Конституции РФ). *В-третьих,* именно государство посредством прокурорских, полицейских и других органов оставляет за собой право на уголовное преследование по подавляющему числу преступлений, а уголовные суды выносят приговоры именем государства.

Национальный суверенитет, означающий полновластие нации, ее возможность определять характер своей национальной жизни, обнаруживает себя в сфере юстиции как принцип *национального языка судопроизводства.* Согласно ему производство по уголовным делам в общих судах ведется на государственном языке или на языке большинства населения данной местности, а отдельным участ-

[1] В отличие от уголовного процесса в гражданском и арбитражном производствах допускается третейская процедура, порядок которой может устанавливаться не только законом, но и самим третейским судом либо его учредителями.

[2] Назначению главой государства судей предшествует в этих странах обсуждение кандидатур на заседании конституционного государственного органа, обычно называемого Высшим советом магистратуры.

[3] В США федеральные судьи назначаются президентом по совету и с согласия Сената, однако судьи в судах штатов чаще всего выбираются. В Англии большинство судей назначается короной по предложению лорд-канцлера (председатель Палаты лордов). В то же время мировые судьи назначаются непосредственно лорд-канцлером.

никам процесса, не владеющим в достаточной степени языком, на котором ведется процесс, предоставляется возможность участвовать в производстве по делу на родном языке с помощью бесплатного переводчика.

Народный суверенитет, то есть полновластие народа, обладание им средствами для реального участия в управлении делами общества и государства, в уголовном процессе реализуется через народный элемент в составе суда (присяжные заседатели; народные заседатели, или шеффены); в ряде стран — также через выборность населением мировых и некоторых других судей. Именно народный суверенитет обеспечивает особую авторитетность приговора, основанного на вердикте присяжных — этого гласа народа, который древние почитали гласом божьим (vox populi, vox dei - *лат.),* а Уильям Блэкстон называл барьером, охраняющим народные свободы. Национальный и народный суверенитеты особенно тесно связаны с состязательным началом, так как обеспечивают условия для равного спора сторон (национальный язык судопроизводства) и независимость суда (народный элемент).

2.5. Принципы неприкосновенности личности, жилища и частной жизни

Названные принципы — основа правового статуса членов гражданского общества, где государство не может произвольно вмешиваться в индивидуальную жизнь. *Неприкосновенность личности* традиционно усматривают в том, что *никто не может подвергнуться задержанию или заключению иначе, как в случаях, предусмотренных законом, и при соблюдении форм, предписанных законом.* Однако данная формула сама по себе недостаточна, так как оставляет возможность для манипуляций с законом. Создается опасная иллюзия, что стоит лишь нормативно установить основания ареста и предусмотреть для него некую процедуру — и неприкосновенность личности обеспечена. Но весь вопрос в том, *каким* законом и *какими* формами обставлено заключение под стражу. Ведь основания могут быть безбрежны, а процедуры несправедливы — тогда данное определение фактически прикрывает узаконенный произвол. Это обстоятельство, по-видимому, еще смущало первопроходцев в области прав человека, которые пытались выйти за пределы формальных дефиниций и найти *содержательные* гарантии неприкосновенности личности.

Так, в Билле о правах, дополнившем в 1789-1791 гг. Конституцию США, оговаривается, что «...ордера на обыск и арест будут выдаваться лишь по основательным (правдоподобным) причинам, подтвержденным присягой или торжественным обещанием» (поправка IV). Французская Декларация прав человека и гражданина 1789 г., грозя наказанием за *произвольный* приказ об аресте (ст. 7), этим не ограничивается и дает общетеоретическое разъяснение: «Свобода состоит в возможности делать все, что не приносит вреда другому. Таким образом, осуществление естествен-

ных прав каждого человека встречает лишь те границы, которые обеспечивают прочим членам общества пользование теми же самыми правами. Границы эти могут быть определены только законом» (ст. 4).[1]

Однако данный постулат либерализма хорош в политических декларациях, но сразу же тускнеет, как только речь заходит о вещах конкретных. У нас к нему есть несколько вопросов. Первый — если ограничение свободы индивида оправдано только тогда, когда он своими действиями *наносит вред* другим таким же индивидам, то как, например, объяснить правомерность подследственного ареста обвиняемого, который до приговора суда официально считается невиновным в совершении преступления, а значит, и не причинявшим вреда? Поэтому объяснение изъятий из неприкосновенности личности, состоящее в совершении лицом преступления, может быть уместным в уголовном праве, но для состязательного процесса не годится. Арестовывают не за совершение преступления, а в связи с обстоятельствами, возникшими «внутри» процедуры судопроизводства. Другой вопрос — границы чьей индивидуальной свободы преступил арестованный, какие права нарушил своим поведением в процессе? Первое объяснение, которое приходит на ум, — права потерпевшего, прежде всего его право на судебную защиту, которое обвиняемый действительно может стеснить, скрываясь от суда, мешая установлению истины и т. п. Но потерпевший есть далеко не в каждом уголовном деле (формальные составы преступлений и т. д.). Тогда обвиняемому противостоит лишь государственный орган уголовного преследования. Но либеральная доктрина проводит плюралистические границы свободы именно между индивидами, а не между индивидом и государством, ибо, если свобода уместна только до тех пор, пока не задевает государство, это свобода государства, а не индивида. Размер здесь, как говорится, имеет значение. Таким образом, либеральный постулат laissez faire — позволяйте делать мало применим к такой публичной отрасли права, как уголовный процесс, и изъятия из неприкосновенности личности должны иметь другие объяснения.

[Неприкосновенность личности — это одновременно общеправовой и отраслевой уголовно-процессуальный принцип. Его питают не только абстрактные гуманистические идеалы свободы личности, но и внутренняя логика построения самого состязательного судопроизводства. Ведь для того, чтобы состязаться на равных с находящимся на воле обвинителем, обвиняемому также нужна личная свобода. Не будет простой игрой слов утверждение, что для состязательного процесса личная свобода важнее, чем свобода личности^

Так, в античном полисе, безусловно, высоко ценилась личная свобода как состояние «не-рабства», но рабовладельческий строй трудно заподозрить в симпати-

Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. М, 1984. С. 208.

ях к либеральным идеям естественных прав человека, в том числе к свободе личности. Тем не менее частно-исковое судопроизводство греков и римлян весьма неохотно прибегало к досудебному заточению обвиняемого. Допускалось лишь его задержание потерпевшим на месте преступления и доставление в суд (греческая *иссангелия* и т.п.), причем такая мера могла быть заменена денежным залогом. «Заковать римского гражданина, — говорил Цицерон, — это преступление». Нечто подобное наблюдается и в раннем средневековье. Максимум, что предусматривала Салическая правда[2] за неявку обвиняемого в суд, это штраф в 15 солидов (Lex Salica, I, § 1), а обвинитель не располагал иным средством ее обеспечить, кроме как при свидетелях известить своего противника, его «жену или кого-либо из домашних» о вызове в суд (I, § 2). Судом могла, правда, выдаваться грамота на принудительную *доставку* обвиняемого в суд. Но вот как осторожно, почти деликатно говорит об этом, например, Псковская судная грамота: «... ограмочному поймав по грамоте не мучить, не бить, поставить пред господою» (ст. 26). Только в обвинительном процессе XI—XII вв. по делам о наиболее тяжких преступлениях стало применяться предварительное тюремное заключение, однако под стражу брали не только обвиняемого, но и самого обвинителя, чтобы уравнять их шансы в судебном споре.[4]

Итак, ограничение личной свободы обвиняемого в принципе противопоказано состязательной конструкции процесса. Изъятия из общего правила допустимы только в тех случаях, когда обвиняемый пытается нелегально выйти за пределы *равенства сторон,* создать для себя несправедливые преимущества. При этом основания для ареста должны быть таковы, чтобы оставление обвиняемого на свободе *реально,* а не в виде абстрактной возможности грозило неоправданными потерями для обвинения/.Так, например, бегство обвиняемого, сокрытие его от следствия и суда, безусловно, нарушает баланс сил в процессе: обвинителю в этом случае предстоит «бой с тенью». Уничтожение обвиняемым следов преступления, порча обвинительных доказательств, незаконное воздействие на свидетелей и т. п. также выбивают оружие из рук его процессуального противника. Невозможно представить равное состязание сторон до тех пор, пока продолжается совершение преступления. Любые иные причины, не связанные с наступлением дисбаланса сторон, не должны приниматься во внимание при решении вопроса об аресте. Так, например, опасность совершения обвиняемым *других* преступлений, которую обыкновенно относят к основаниям для ареста, сама по себе, на наш взгляд, недостаточна. Прежде всего будущие гипотетические преступления (если только они не создают иных самостоятельных оснований) никак не могут затрагивать интересов сто-

[1] См.: *Чепьцов-БебутовМ. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 99.

[2] Памятник права раннефеодального общества, свод уголовных и процессуальных норм салических франков V—VI вв. (См.: Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран, с. 72).

[3] Хрестоматия по истории государства и права СССР. М.,1990. С. 28.

[4] *См.:Чельцов-БебутовМ.* Л.Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с.!87.

роны обвинения в *данном* деле — следовательно, нарушать паритет в *данном* процессе. Нельзя игнорировать и тот факт, что арест в связи с одной лишь вероятностью будущей преступной деятельности обвиняемого противоречит презумпции невиновности, которая полагает его невиновным вплоть до приговора суда, причем даже в прошлых преступлениях, не говоря уже о буду$_{щих}$. д$_0$ приговора суда обвиняемого можно заключить под стражу за процессуальные нарушения или их угрозу, но за материальные, тем более еще не совершенные, — никогда. Вызывает возражение и арест по мотивам одной лишь тяжести совершенного преступления. «И убийцу до суда можно не подвергать аресту, если он тяжело болен, стар и т. п. и если нет данных, что он скроется, помешает установлению истины или совершит новое преступление. Притом рано называть человека убийцей до приговора суда», — пишет И. Л. Петрухин,[1] и с ним трудно не согласиться.

Однако одних названных оснований еще недостаточно для ограничения неприкосновенности личности. Основания говорят только о том, *для чего* нужен арест, но не отвечают на вопрос, *стоит ли* в данном случае прибегать к этому крайнему средству? Любое умаление личной свободы таит в себе опасность не только для индивида, но и для всего общества. Для того чтобы свести ее к минимуму, надо соблюдать определенные *условия.* Прежде всего, само обвинение должно быть достаточно *серьезным,* чтобы оправдать исключение из правила о неприкосновенности личности. Дозволение на арест правомерно лишь при обвинении в таком преступлении, за которое законом допускается применение наказания в виде лишения свободы. При этом законодательством многих государств устанавливается минимальный срок наказания, при котором возможен арест.

Так, по УПК РСФСР 1960 г., это, как правило, срок свыше одного года (ч. 1 ст. 96); в соответствии с британским законом от 21 июля 1967 г. «Об уголовном праве» преступление, в связи с которым может быть произведен арест без судебного приказа (arrestable offence), должно караться абсолютно определенной санкцией уголовного закона (смертная казнь, пожизненное тюремное заключение) либо лишением свободы на срок не менее пяти лет; во Франции так называемое временное заключение (detention provisoire) может применяться, если преступление наказуемо лишением свободы на срок не менее двух лет (одного года - в случае очевидного правонарушения); в Италии арест допустим при явном преступлении, за которое обвиняемому грозит, как минимум, трехлетнее лишение свободы.

Введение «ценза» санкций не лишено процессуальной логики. Состязание беспредметно, когда еще до окончания судебного спора сторона обвинения единственно в результате применения меры пресечения практически уже достигает искомого результата - наказания

[1] *Петрухин И. Л.* Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. М., 1989. С. 115.

обвиняемого. Если допустить заключение под стражу при небольших санкциях уголовного закона, продолжительность реального ареста может «перекрыть» срок возможного наказания или, по крайней мере, сделаться сравнимой с ним величиной. Это не просто несправедливо — губительно для состязательности, ибо провоцирует сторону уголовного преследования на судебную волокиту с целью восполнить недостаток улик явочным наказанием. Тогда не обязательно добиваться обвинительного приговора, достаточно оттянуть оправдательный. В результате состязательный процесс рискует фактически превратиться в уголовно-административную расправу, в средство решения политических задач грязными методами. Процессуальный недостаток на деле скрывает за собой политическую угрозу авторитарного толка.

И. Л. Петрухин, объясняя необходимость соблюдения при аресте «ценза санкций», выдвигает моральное соображение: «Мера пресечения не может быть более строгой, чем грозящее обвиняемому уголовное наказание».[1] Эта формула в принципе верна, но требует уточнения. Так, заранее примерять *максимальные* сроки наказания на арест — все равно что траур на невесту: ведь обвиняемый пока считается невиновным. Кроме того, оговаривая в качестве условия заключения под стражу, например, трех-, пятилетние уголовные санкции, законодатели вряд ли имели в виду, что обвиняемых будут держать под стражей столь длительное время. Наказание определяет суд, и только от него зависит, *за какое* преступление и *в каком* размере оно будет назначено. Следовательно, толкуя сомнения в пользу обвиняемого, до вынесения судом приговора надо исходить из того, что теоретически обвиняемому может быть определено *минимальное* наказание из числа тех, что предусмотрены уголовным законом. Это значит, что *естественным* временным пределом ареста как меры пресечения должна быть *нижняя* граница санкций уголовного закона, предусматривающих лишение свободы.

По российскому уголовному праву, наименьший срок лишения свободы составляет шесть месяцев (ч. 2 ст. 56 УК РФ). Подобным образом решается вопрос и в законодательстве ряда других стран. В то же время нормальный (не исключительный) срок содержания под стражей составляет в России (ч. 1 ст. 96 УПК 1960 г.) и Австрии (§ 192 УПК) от двух до шести месяцев, во Франции — четыре месяца (ч. 1 ст. 145-1 УПК), в Германии — шесть месяцев (§ 121 УПК). В Шотландии действует так называемое «правило 110 дней», которое ограничивает срок предварительного заключения; в Англии и Уэльсе предварительное заключение до предания суду не может продолжаться более 70 дней.[2]

[1] *Петрухин ИЛ.* Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе, с. 117.

[2] См.: *Апарова Т.В.* Суды и судебный процесс Великобритании. М., 1996. С. 112, 152.

Нормальные (не исключительные) сроки ареста, как видим, колеблются в пределах минимальных сроков лишения свободы.

Серьезность обвинения — это еще и *сила улик*. При откровенной слабости доказательств совершения лицом преступления обвинитель не должен рассчитывать на его арест. Это также может быть понято из состязательности, если учесть, что неубедительность представленных обвинителем доказательств означает, что спора сторон *фактически* нет. Следовательно, сомнительна правомерность дальнейшего движения состязательного процесса, включая и применение мер пресечения. Если слабость улик такова, что она тормозит состязательный процесс в целом, то это в равной мере относится и ко всем его частностям, в том числе к аресту и обвинению. Где же искать критерий *силы* улик, достаточных для ареста? Очевидно, доказательства должны быть настолько содержательными, чтобы давать логическую пищу для спора сторон. Если ее нет, то нет оснований для дела. Значит, для правомерного ареста обвинение должно как минимум представить доказательства, которые ведут к логическому выводу о виновности обвиняемого, *пока их не оспорит* сторона защиты. Это то, что в английском процессе называют «prima facie evidences» — доказательства, убедительные на первый взгляд. Именно они достаточны в состязательном суде и для предъявления первоначального обвинения, и для ареста. Если защита в дальнейшем опровергнет эти доказательства, мера пресечения отменяется судом, но предшествующий арест не может ввиду этого считаться необоснованным и незаконным.

Следующее условие правомерности ареста состоит в том, что задержанный должен без промедления, как только это будет возможным, предстать перед судом. В идеале обвинитель не должен сам применять принуждение к обвиняемому, так как обвинение и защита суть равные стороны. Но это вполне может сделать суд по требованию обвиняющей стороны. Реальность, однако, такова, что нередко, прежде чем поставить подозреваемого или обвиняемого перед судом, его надо сначала физически задержать, а здесь суд бессилен. Поэтому обвинителю разрешается в неотложных ситуациях непосредственно произвести арест, доставив обвиняемого к судье так быстро, как это практически возможно. Где же правила, придерживаясь которых, уголовный преследователь, даже подвергнув другую сторону внесудебному принуждению, не превращается в инквизитора? В общем виде ответ на этот вопрос уже был дан нами ранее, при характеристике акционарных видов состязательного процесса. Вывод о том, что особо «энергичному отпору» со стороны подозреваемого или обвиняемого, выраженному в преступных посягательствах, попытках скрыться и других действиях, умаляющих шансы обвинения, справедливо лишь противопоставить неотложные полномочия обвинителя, не колеблет состязательного начала. Напротив, это логически вы-

текает из состязательности, ибо при помощи такого неотложного принуждения эквивалентно выравнивается фактическое положение сторон. Таким образом, неотложность ситуации дает уголовному преследователю право на краткосрочное задержание, которое можно определить как внесудебный арест; критерием же и гарантией сохранения состязательного характера данного действия служат основания ареста, свидетельствующие об опасном крене отношений сторон в пользу обвиняемого. Поэтому предпочтительны, на наш взгляд, те законы, которые, не создавая особых различий для оснований задержания и ареста, вместе с тем устанавливают для задержания особые условия, свидетельствующие о его неотложности. При этом надо иметь в виду, что сама по себе неотложность ситуации не делает задержание состязательно легитимным — в отсутствие оснований для ареста неотложность ситуации просто утрачивает всякое юридическое значение. Поэтому нельзя согласиться с предложением о признании явки с повинной самостоятельным основанием для задержания,[1] ибо явка обвиняемого объективно направлена к пользе, а не во вред стороне обвинения и не нарушает принципа равенства сторон. Сохраняя, по-видимому, некоторые сомнения, И. Л. Петрухин пишет: «При явке с повинной, если совершено тяжкое преступление, вряд ли можно не задерживать явившегося».[2] Не вполне понятно, однако, за что здесь надо задерживать повинившегося: за явку или за преступление? Факт совершения преступления, даже тяжкого, сам по себе не может служить основанием для ареста, против чего, как мы видели, не возражал и сам уважаемый автор. Необходимы другие основания, которые бы свидетельствовали о реальном намерении лица скрыться, помешать установлению истины и т.п. При чем же здесь явка с повинной? Ведь ни одного из указанных предположений она не оправдывает, а потому не может быть причиной ареста и задержания. То же самое можно сказать и по поводу таких оснований для задержания, как, например, опасение волнений среди населения, если оставить подозреваемого на свободе,[3] необходимость проверки алиби задержанного, результаты применения служебно-розыскной собаки и т. д. Неотложность ситуации во всех подобных случаях продиктована только целесообразностью, а отнюдь не принципом равенства сторон и, значит, не может быть при состязательном строе уголовного процесса основанием для задержания или предварительного заключения.

[1] См.: *Петрухин И. Л.* Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе, с. 30.

[2] Там же.

[3] Подобное основание предусмотрено в п. 3 ч. 1 ст. 144 УПК Франции.

3. Межотраслевые принципы

Это принципы состязательного процесса, общие и для уголовного, и для гражданского судопроизводства. Имея разные объекты, криминалистические и цивилистические виды исковой состязательности, они тем не менее есть порождение одного — *арбитрального* метода правового регулирования. Основная идея этого метода состоит в том, чтобы разделить противоположные стороны, удержав их от крайностей непосредственного столкновения, а затем соединить в открытом *дискурсе* под контролем публичного и нейтрального арбитра. Поэтому фундаментом состязательности, ее «родовым гнездом» можно считать принципы равенства сторон и независимости суда, о которых уже говорилось при анализе общеправового начала законности в его процессуальной ипостаси. Подавляющее большинство прочих принципов состязательности выводятся из этого основания как логические следствия.

3.1. Принцип равенства сторон

Без этого принципа процессуальная состязательность невозможна. Конечно, абстрактно спор мыслим и в том случае, когда стороны заведомо неравны между собой, но такое состязание будет несправедливым, а следовательно, неприемлемым для юстиции. В свою очередь, равенство сторон предполагает *гарантирование каждому свободного доступа к правосудию.* И если между тем, кто ищет правосудия, и судом вклинивается промежуточное звено, присвоившее себе исключительное право решать, попадет дело в суд или нет, то о равенстве сторон всерьез говорить нельзя, ибо место стороны узурпировал посредник. Поэтому в состязательном судопроизводстве пострадавший от преступления должен иметь право *непосредственно* обратиться в суд с обвинением, формы которого уже были предметом нашего предыдущего рассмотрения. Свободный доступ к правосудию — это и требование *процессуальной экономии.* Lex reprobat moram *(лат.)* — право не одобряет проволочек. Длительная неоправданная задержка процесса практически равнозначна отказу заинтересованной стороне в правосудии. Justitia debet esse celeris, quia dilatio est quaedam neqatio *(лат.)* — правосудие должно быть скорым, ибо промедление есть вид отказа. Причем судебная волокита может причинить вред не только потерпевшему, но не менее больно ударить и по обвиняемому. Тот находится в заведомо худшем положении, чем обвинитель, в силу самого факта уголовного преследования — ведь нападающий всегда имеет преимущество. Особенно очевидна при замедлении процесса неравноценность фактических позиций обвиняемого и обвинителя, когда обвиняемый находится под стражей. Но и в любом другом случае чрезмерная продолжительность судопроизводства нарушает хрупкое равновесие сторон, ума-

ляя право обвиняемого на защиту. Последнее при долговременном процессе как бы растворяется, не производя никакого полезного эффекта. Как наказание действенно только тогда, когда оно приближено к моменту совершения преступления, так и действия защиты эффективны лишь при условии, что впечатление от них не стерлось за давностью к моменту вынесения приговора. Практикующим юристам хорошо известно, что суду психологически гораздо легче осудить и труднее оправдать обвиняемого, который годами находится под судом, а то и под стражей, чем того, кто только вчера арестован или не арестован вовсе. Не в последнюю очередь этими соображениями продиктовано характерное для состязательного уголовного процесса требование *срочности* предъявления обвинения задержанному (арестованному), обвиняемому и рассмотрения его дела судом. Понятие *срочности* предполагает, во-первых, отсутствие *неоправданной задержки* в судебном разбирательстве, а *во-вторых,разумность, умеренность* и *приемлемость* срока судебного разбирательства.' Оба эти требования одинаково обязательны и составляют единую норму. Поэтому ограничиваться, например, лишь указанием на недопустимость «неоправданной задержки» проведения судебного разбирательства - еще не значит соблюдать процессуальную экономию и обеспечивать принцип свободного доступа к правосудию. Ведь стоит только «оправдать» задержку, например какими-то социально значимыми целями (успокоением общественного мнения, приведением в норму нагрузки судей и т. п.), — и можно сделать ошибочный вывод, что права обвиняемого уже гарантированы! Важно, чтобы срок судебного рассмотрения дела оставался разумным, умеренным и приемлемым. Но что, собственно, значит — «разумным»? То есть логичным, целесообразным.[2] Логичен и целесообразен срок судебного рассмотрения дела, определяемый логикой исследования доказательств, а не прихотью судьи или сторон.

Принцип равенства обеспечивается также тем, что обе стороны сходятся в процессе лицом к лицу, *очно,* а не присылают вместо себя представителей или письменные материалы. В противном случае полноценное состязание не получится, ведь спорить можно лишь с тем, кто в состоянии отвечать на вопросы по существу дела. Соедине-

[1] В Международном пакте о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. установлено, что каждый имеет право «на основе полного *равенства*... быть судимым без неоправданной *задержки*» (п. «с» ч. 2 ст. 14). При этом каждый арестованный или задержанный «имеет право на судебное разбирательство в течение/хгзулг*ного срока* (курсив мой. - А.С.)» (ч. 3 ст. 9). Международный Свод принципов защиты всех лиц, подвергнутых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, принятый Генеральной Ассамблеей ООН 9 декабря 1988 г., также говорит о проведении судебных разбирательств в «разумные сроки» после ареста.

[2] См.: *Ожегов С. И., Шведова НЮ.* Толковый словарь русского языка. М., 1994. С. 644.

ние начала равенства с человеческой (личностной) сущностью процесса порождает в состязательном судопроизводстве понятие *очности.* Оно предполагает, во-первых, необходимость *лычного* присутствия сторон в судебном заседании. Данное требование содержится как в уголовном, так и в гражданско-процессуальном праве, однако в уголовном процессе оно действует строже. В отличие от гражданского процесса, *заочное* рассмотрение дела в состязательном уголовном суде невозможно, так как уголовная процедура имеет более личный характер, чем гражданский процесс. Объясняется этот факт тем, что сами отношения, по поводу которых ведется уголовное производство, имеют сугубо личное начало. Это отражается даже в определении «уголовный», имеющем отношение к «голове», к личности, в то время как гражданское разбирательство ведется, как правило, по поводу отношений собственности. Можно сказать, что уголовный процесс интересуют главным образом лица, а гражданский — вещи. Во-вторых, очность уголовной процедуры означает, что одни лишь «немые свидетели» (протоколы, документы, вещественные доказательства), в отличие от свидетелей «говорящих», недостаточны для того, чтобы обеспечить состязательность судопроизводства. Здесь находятся корни принципа *непосредственности исследования доказательств,* понимаемого как требование обязательного представления и исследования в суде *доступных первоисточников* доказательственной информации.[1] Nihil habet forum ex scena *(лат.)* — суд ничего не держит за сценой. Причем идеальным первоисточником следует считать не просто подлинник документа или оригинал предмета, а именно лицо, составившее документ, представившее данный предмет и т.д. Satius est petere fontes quam rivulos *(лат.)* — лучше искать источник, чем ручейки. И только при недоступности такого лица может быть принят в качестве доказательства соответствующий документ или предмет. Таким образом, понятие первоисточника в процессе состязательном понимается более узко, чем понятие первоначального доказательства. Все первоисточники дают доказательства первоначальные, но не все первоначальные доказательства получены из первоисточников. Так, подлинный рапорт полицейского, действовавшего в пределах своей юрисдикции, безусловно, первоначальное доказательство в сравнении, например, с копией этого документа. Однако первоисточником доказательственной информации все же является лицо, составившее рапорт, и именно его предпочтительно допросить в состязательном процессе в качестве свидетеля. В английском процессе подобный принцип фигурирует под весьма характерным названием *права на очную ставку,* и право это понимается

[1] См.: *Лившиц В. Я.* Принцип непосредственности в советском уголовном процессе. М., 1949. С. 57.

очень широко. Оно предполагает не просто явку обвинителя и свидетелей обвинения в судебное заседание, но и запрет на доказательство по слуху (hearsay evidence), то есть недопустимость, по общему правилу,[1] производных доказательств, а также право на перекрестный допрос (cross-exemination) свидетелей. Письменные показания допустимы только, если обвиняемый присутствовал при их получении и имел возможность участвовать в перекрестном допросе. В смешанном континентальном судопроизводстве принцип непосредственности понимается не столь ригористично: первоначальные доказательства положены в качестве первоисточников, а производные в процесс допускаются, хотя и проверяются, по возможности, при помощи доказательств первоначальных.

3.2. Оценка доказательств судом по внутреннему убеждению

(^Принцип независимости суда, в свою очередь, служит основанием для такого процессуального института, как *оценка доказательств судом по внутреннему убеждению,* или *свободная оценка доказательств.* Будучи межотраслевым принципом, это положение действует как в уголовном, так и в гражданском процессе. Однако современный публично-состязательный уголовный суд соблюдает его более строго, поскольку он совершенно забыл о формальных доказательствах, чего нельзя сказать о цивилистическом производстве. Только публичная состязательность в полной мере соответствует этому методу оценки. Свобода куплена здесь дорогой ценой, ведь учиться публичности пришлось у сурового учителя — розыскного процесса, историческая миссия которого состояла в принудительном искоренении в уголовном суде партикуляризма, в той «тяжкой недобровольной работе, направленной против самого себя» (Гегель). Именно розыскной процесс первым использовал свободную оценку доказательств, по крайней мере до тех пор, пока он был свободен сам, то есть до момента отделения судебной функции от высшей управленческой власти (общинное дознание, уголовно-административная расправа). Затем, особенно на инквизиционном и следственном этапах своего развития, он усвоил иной, формальный подход к доказыванию, но и тогда жесткие критерии оценки не производились им самостоятельно, а были навязаны извне, посредством закона и догмы.

[1] Исключения составляют случаи, когда, например, «заявитель недоступен»: прошлые свидетельские показания (former testimony), заявление при убеждении об угрозе смертью (statement under belief of impending death), заявление против интересов (statement against interest) и т.д. (Federal Rules of Evidence for U.S. Corts and Magistrates).

В принципе свободная оценка доказательств не терпит какого-либо внешнего воздействия. *Убеждение* называется внутренним не только оттого, что зреет в сознании оценивающего субъекта (это только я/>«)-убеждение), — оно *внутреннее,* главным образом, потому, что единственным *убежищем,* внутри которого сокрыта истина, служит наличная совокупность доказательств. В этой связи заслуживает внимания вопрос о соотношении свободной судейской оценки доказательств с требованиями их допустимости^

По существу, допустимость — это выраженное в нормативных требованиях представление законодателя об условиях достоверности, а также оптимальности, с точки зрения соблюдения прав человека, того или иного вида доказательств. Если эти требования принуждают судью отказаться от использования данных, не соответствующих условиям допустимости, то оценка доказательств по делу результирует мнение не только суда, но и законодателя.' Но законодатель не знаком с конкретными обстоятельствами данного случая и судит о них лишь в общем и априорно. Поэтому совокупность наличных доказательств — уже не единственный источник судейского решения. Убеждение больше не является внутренним, ибо в значительной мере это убеждение законодателя — внешнего для данного дела субъекта. Отражается ли это на независимости суда? Безусловно да! Прежде всего потому, что *судья в деле* зависит от мнения законодателя. Сам же законодатель, который благодаря правилам допустимости частично взял на себя роль судьи, при разбирательстве дела не присутствует. Но судья *заочный* рискует быть необъективным, ибо ставит исход процесса *в зависимость* от ловкости сторон и прихоти случая. В сущности, институт допустимости есть не что иное, как модернизированное наследие негативной системы формальных доказательств, существовавшей в следственном розыскном процессе. В отличие от позитивного порядка, негативная система отрицала установление факта виновности, если отсутствовало «совершенное» доказательство. Правила допустимости, в свою очередь, отрицают при доказывании фактов использование доказательств, полученных в нарушение закона и, с этой точки зрения, также несовершенных. Основное отличие современных правил допустимости от требований классической негативной системы состоит лишь в степени влияния на доказанность фактов. Если «несовершенство» формального доказательства одновременно означало общую *недостаточность* доказательств по делу, а значит, и недоказанность факта, то *недопустимость* одного доказательства может быть компенсирована сово-

[1] «Не судьи судят, а судит посредством их сам закон», — имея в виду следственный процесс, писал автор первого в России систематизированного курса уголовного процесса Я. И. Баршев (Основания уголовного судопроизводства с применением к российскому уголовному судопроизводству, с. 67).

купностью других данных, полученных законно. Таким образом, правила допустимости хотя и влияют на установленность факта, но менее жестко, чем требования формальной системы. Можно сказать, что они «склоняют, но не обязывают».

Но если требования допустимости ограничивают судейскую независимость, они умаляют и свободу оценки доказательств. Значит ли это, что в процессе идеального состязательного типа суд может оценивать доказательства, не оглядываясь на нарушения, с которыми они были получены? Конечно нет, так как если бы суд имел право игнорировать установленные законом процедуры и условия получения доказательств, то атаке подверглась бы полнота и независимость теперь уже не судебной, а *законодательной* власти, что несовместимо с принципами конституционализма.(€уд обязан принимать во внимание допущенные при собирании и проверке доказательств нарушения, но они играют для него лишь роль обязательного повода для решения вопроса — влечет ли за собой данное нарушение *сомнения в достоверности* доказательства, и если да, то устранимы ли они. Нарушения правового режима собирания и проверки доказательств, которые оставляют подобные сомнения, ведут к недопустимости полученных доказательств.[1] Таким образом, институт допустимости доказательств имеет право на существование и в состязательном судопроизводстве, однако не в жесткой, а в гибкой форме. Это значит, что последствия нарушений должны быть не предустановлены законом, а определяться судом с учетом конкретных обстоятельств дела и принципов процесса.[2]

Существует также группа принципов состязательного процесса, которые имеют своим основанием одновременно и независимость суда, и равенство сторон, совокупному влиянию которых они и обязаны своим существованием. К числу таких принципов относятся устность и гласность судопроизводства.

[1] В данном контексте речь идет о процессуальных нарушениях в доказывании, затрагивающих лишь принцип независимости суда. Мы не касаемся здесь нарушений общеправовых принципов, конституционных прав человека и гражданина и принципа равенства сторон, которые также могут вести к недопустимости доказательств. Речь о них шла при рассмотрении принципа законности.

[2] Нечто подобное можно заметить в англо- американском уголовном судопроизводстве. Так, например, один из крупнейших специалистов в области судебных доказательств Д. Х. Вигмор пишет: «В поисках судебной истины необходимы любые доказательства. Когда же при их получении имело место нарушение закона ... препятствовать достижению истины неразумно и непрактично». *(WigmorJ. H.* The Students textbook ofthe Law ofEvidence. Chicago, 1955. P. 341). Представляется, что г-н Вигмор не совсем прав: нельзя считать, что следовать букве закона — значит «испортить всю обедню». Препятствуют достижению истины часто сами нарушения закона. В этих случаях полученные доказательства недопустимы. И только тогда, когда нарушения закона не влияют на достоверность данных и соблюдение конституционных прав граждан, действительно неразумно отказываться от достижения истины по чисто формальным основаниям.

3.3. Принцип устности

Устность процесса есть словесный способ разбора дел. С одной стороны, это проявление очности судопроизводства, которая, в свой черед, обеспечивает равенство сторон. Когда те сходятся в процессе лицом к лицу, совершенно естественно, что устная форма — самый скорый и удобный способ для их общения. С другой стороны, устность процесса затрудняет одностороннюю и тайную подачу суду материала той или другой из сторон, так как ее процессуальный соперник тут же получает возможность отреагировать на всякого рода нарушения и искажения истины. В таких условиях суду легче сохранить объективность и независимость.

Устность предполагает, что все *личные* доказательства, то есть фактические данные, имеющие своим источником людей, должны быть предъявлены суду в словесной форме. Это касается показаний обвиняемого, потерпевшего, свидетелей, заключений экспертов, иных документов, причем, как правило, и в том случае, когда на предварительном следствии они имели вид письменный. Здесь устность тесно смыкается с принципом непосредственности исследования доказательств.

Впрочем, из названного правила могут быть исключения. Так, не будет отступлением от принципа устности прочтение в суде протоколов, где записаны ранее данные на предварительном или судебном следствии показания, однако при соблюдении трех непременных условий: 1) до такого прочтения лицо должно быть устно допрошено в данном судебном заседании; 2) право огласить прежние показания дает «.. .не всякое разноречие в показаниях свидетеля (а также обвиняемого и потерпевшего. — *А*. С), а только такое, которое не может быть устранено устным его расспросом»;' либо 3) стороны присутствовали на предварительном следствии при получении оглашаемых показаний и имели возможность участвовать в перекрестном допросе. То же самое должно относиться, на наш взгляд, и к письменному заключению эксперта, полученному на предварительном следствии, с той лишь разницей, что, прежде чем его оглашать, нужно получить устное заключение того же эксперта по результатам новой экспертизы, выполненной непосредственно в суде. Истинная состязательность не может ограничиться лишь оглашением и исследованием в судебном заседании экспертного заключения, данного на предварительном следствии, так как это не сообразуется с очностью и устностью процесса. Протоколы других предварительных следственных действий, таких как осмотр предметов и документов, освидетельствование, следственный эксперимент, допускаются для прочтения, но лишь в том случае, если эти действия воспроизводятся в судебном

Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 92.

следствии и «...в дополнение создаваемого ими впечатления», [1] то есть практически для восполнения деталей, которые могли стереться со времени предварительного следствия. Для иных следственных действий, которые, как правило, невозможно повторить в судебном следствии — речь идет о задержании, обыске, выемке, осмотре места происшествия и предъявлении для опознания, — вопрос может решаться несколько иначе. Хотя протоколы, составленные на предварительном следствии, приходится оглашать в суде, принцип устности требует сопроводить их исследование допросом участвовавших в данных следственных действиях лиц. Это необходимо, чтобы обеспечить сторонам и суду возможность эффективно проверить достоверность полученных результатов и законность использованных процедур.

Особый интерес представляют, с точки зрения соблюдения принципов устности и непосредственности, официальные документы (нормативные, распорядительные, справочно-удостоверительные, контрольные и информационные).[2] Дело в том, что данные, удостоверенные или изложенные в этих документах, юридически исходят не от физических лиц, а от государственных органов, должностных лиц и корпораций, которые допрошены быть не могут.[3] И если те, издавая документ, не вышли за пределы своей правоспособности, то их следует считать *первоисточниками* данных, а сами такие документы допустимо рассматривать как первоначальные доказательства. В подобных случаях можно ограничиться оглашением названных документов в судебном заседании без допроса лиц, их подписавших.[4]

В состязательном процессе могут фигурировать и предметные (вещественные) доказательства. Принцип устности так же, как и принцип непосредственности, требует допросить, когда это практически доступно, лицо, представившее предмет либо принимавшее участие в его обнаружении, изъятии или создании, относительно этих обстоятельств. Один лишь осмотр сторонами предмета не обеспечивает им равных возможностей для состязания, так как без человека и его словесных пояснений предмет может быть недостаточно информативен. «Доказательством, — считал В. Я. Дорохов, — он может стать лишь в пределах соответствующим образом организованной для передачи информации правовой системы...Такой системой является «предмет — человек». Вне ее свойства и состояния матери-

[1] Там же.

[2] См.: *Пинхасов Б. И.* Использование документов в доказывании. Ташкент. 1977. С. 38.

[3] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 90.

[4] Что, конечно, не исключает права суда при необходимости вызвать этих лиц для допроса.

ального объекта не могут стать вещественными доказательствами».[1] Это, впрочем, не означает, что можно удовлетвориться, например, лишь устным пересказом свидетелем содержания документа — вещественного доказательства, так как устное изложение в данном случае было бы заменой первоначального доказательства.[2] Исключение может быть допущено только тогда, когда представление оригинала физически невозможно или вызывает значительные трудности. «Так, — пишет Р. Уолкер, — надписи на стенах и могильных плитах обычно передаются устно, хотя однажды могильную плиту представили на обозрение Палаты лордов».[3]

3.4. Принцип гласности

Гласность так же, как и устность, производна от принципов независимости суда и равенства сторон. Вместе с тем сама по себе состязательность как способ решения проблем путем контролируемого противоборства сторон не обязательно предполагает, что этот процесс должен быть вынесен на всеобщее обозрение.

Так, состязательный суд ареопага в Афинах происходил под покровом ночи, чтобы даже судьи не видели лиц ораторов, а только слышали их слова.[4] Обвинительное судопроизводство друидов у древних кельтов, связанное с человеческими жертвоприношениями,[5] или обвинительная же разновидность церковного суда (courte de Chretiente) в средние века могли отправляться без огласки, в уединенных местах.

Гласность — это искра, высекаемая лишь от соприкосновения состязательной идеи с реалиями гражданского общества. Суд обретает «дар речи» лишь там, где государство считается с правами граждан и где последние могут на равных разговаривать с государством. Гражданское общество нуждается в независимом суде и равенстве в нем сторон, но только в условиях гласности судейская независимость и равенство становятся прозрачными и гарантированными. «Общественное убеждение в достоинстве суда возможно с тем лишь условием, чтобы каждый шаг судебной деятельности был известен обществу», — комментируя слова Бентама, пишет И. Я. Фойницкий.[6] Таким образом, независимость суда и равенство сторон действительно порождают гласность, но только в условиях, когда состязательный процесс проникнут еще и духом публичности. Это обстоятельство дало повод ряду авторов (А. Ф. Кони, А. П. Чебышев-Дмитриев,

[1] Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 209.
[2] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 90.
[3] *Уолкер Р.* Английская судебная система, с. 586.
[4] См.: *Чельцов- Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., 85.
[5] См.: *Моммзен Т.* История Рима. В V т. Т. III. СПб., 1995. С. 156.
[6] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 98.

Н. А. Неклюдов, М. С. Строгович)[1] сближать и даже отождествлять гласность с публичностью процесса. Другие (К. К. Арсеньев, В. Н. Палаузов, В. К. Случевский, И. Я. Фойницкий и др.)[2] полагают, что публичность, которую они понимают как официальность, — это самостоятельный принцип, способный существовать и в отсутствие гласности. Однако, признавал И. Я. Фойницкий, «опоры в тексте закона, точной терминологии придерживающегося, ни те, ни другие не имеют».[3] Добавим, что другого и быть не может, потому что сравнению подвергаются разнопорядковые величины. Гласность — один из *принципов* состязательного судопроизводства, в то время как публичность — не принцип, а *типологическая* характеристика *вида* процесса, то есть более высокий уровень обобщения. Публичность в этом качестве есть совокупный результат действия всех принципов публичного состязательного судопроизводства, в том числе независимости суда, равенства сторон, устности, гласности и других, совокупно выражающий такое его качество, как *открытость, гражданственность.* В этом смысле гласность - публичный принцип.

3.5. Недопустимость повторного привлечения к ответственности за одно и то же деяние (поп bis in idem)

Этот принцип логически вытекает из состязательной идеи, ибо после состоявшегося процесса и приговора суда нет почвы для нового спора по тому же предмету. Но нет спора — нет и процесса, поэтому повторное привлечение лица к ответственности по одному и тому же обвинению невозможно. Другими словами, *нет наказания после состязания.* Как мы выяснили ранее, возникновение этого института исторически обусловлено не гуманистическими представлениями, а сугубо практическими мотивами. Тем не менее обычно запрет на вторичное привлечение к ответственности за одно и то же пытаются объяснять именно соображениями гуманности и справедливости. Так, И. Я. Фойницкий пишет: «Человек, раз вытерпевший наказание за учиненное, покончил свои счеты с правосудием, и его несправедливо было бы вторично привлекать за то же к ответственности»[4]. Естественно, право не может игнорировать справедливость, однако последняя, как правило, не определяет содержание юридических

[1] См. об этом: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 93; *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. В 2 т. Т. I. М., 1968. С. 136.

[2] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 93; *Алексеев Н. С, Даев В. Г., Кокорев Л. Д.* Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж. 1980. С. 39; Курс советского уголовного процесса / Под ред. А. Д. Бойкова и И. И. Карпеца, с. 151—152.

[3] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 93.

[4] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 41.

норм напрямую, а опосредована здесь через отвлеченную юридическую форму, в данном случае состязательную. По самой своей природе состязание *завершается* победой одной из сторон, а с победой никто добровольно не расстается. В силу такого *конечного* метода разрешения дел повторное проведение процесса, как и всякое «переигрывание», затруднено. В момент своего рождения принцип поп bis in idem явился гарантией против злостного сутяжничества, нарушающего общественную устойчивость, — многократного привлечения граждан под прикрытием института «народного» обвинения к уголовной ответственности *за одно то же.* В современном уголовном процессе, где главенствует публичное обвинение, содержание данного принципа пополнилось. Теперь он включает следующие требования:

1. Право на уголовное преследование иссякает не только при res juricata, то есть по делу, окончательно решенному судом и потому не подлежащему рассмотрению вновь (п. 9 ст. 5 УПК РСФСР 1960 г., ст. 368 УПК Франции 1958 г., ст. 4 протокола 7 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. и т. д.). Преследование прерывается на стадии досудебной подготовки, если обнаружится, что следственный орган — тот же самый или параллельной юрисдикции — ранее уже прекратил дело по этому обвинению. Так, например, решен вопрос в российском Кодексе (п. 10 ст. 5 УПК РСФСР 1960 г.).

2. Принцип поп bis in idem не одобряет многократные судебные разбирательства в отношении обвиняемого. Поэтому общее правило в состязательном процессе таково: вступивший в законную силу приговор не может быть пересмотрен. Исключение составляют эпизоды, когда в деле вновь открываются фактические обстоятельства, которые не были и не могли быть известны суду при вынесении решения по делу. Тогда новое осуждение возможно, поскольку в подобном случае нельзя сказать, что ответственность наступает *за то же самое.* Для этих целей применяется «ревизионный пересмотр» (Франция), «возобновление производства, оконченного вступившим в законную силу приговором» (Германия), «возобновление дел по вновь открывшимся обстоятельствам» (Россия) либо апелляционный (английский тип) порядок пересмотра судебных решений.

3. *Поворот обвинения к худшему* путем увеличения наказания при пересмотре судебных решений не допускается. Усиление наказания вышестоящим судом рассматривается в состязательных «координатах» как вторичное привлечение к ответственности за одно и то же деяние. Но как быть, если приговор еще не вступил в законную силу? Казалось бы, в этот промежуток времени должна сохраняться возможность усиления наказания по жалобе обвинителя или потерпевшего, тем более что именно так решается вопрос в ряде континентальных государств (§331, 358 УПК Германии, ст. 340 УПК РСФСР 1960 г. и т. д.). Логическое основание принципа поп bis in idem, как

мы упоминали вначале, — это прекращение спора сторон. Значит, все дело в том, продолжается ли спор сторон после вынесения судом приговора? Если да, то усилить наказание новым решением правомерно, если же спора нет, то нет и условий для решения вопроса об осуждении. Ответ зависит от *формы пересмотра*. При кассационной процедуре, когда пересмотр основывается на письменных материалах, ближайшей целью является не разрешение спора сторон (это было задачей суда первой инстанции), а выявление ошибок в приговоре. Поэтому кассационный суд в идеальном состязательном процессе ни при каких условиях не вправе усиливать наказание, хотя бы и по жалобе обвинителя. В этом смысле российская кассация или близкая к ней немецкая ревизия, допускающие такой пересмотр, представляют собой отступление от состязательной модели. В то же время состязательность не препятствует кассационному пересмотру приговора не *в интересах дела,* а в *интересах закона,* когда вышестоящий суд укажет на неправомерность назначения столь недостаточного наказания в других процессах в будущем.[1]

Напротив, при апелляционной форме пересмотра судебных решений спор сторон возобновляется с новой силой. Поэтому в принципе при апелляции наказание может быть назначено повторно, в том числе и более суровое. Следует, однако, учитывать, что условия апелляционного разбирательства по сравнению с судом первой инстанции редуцированы (фрагментарность судебного следствия, элементы письменности) и спор сторон здесь имеет до известной степени условный характер. Поэтому апелляционной инстанции следует с осторожностью, лишь в самых крайних случаях, идти на увеличение наказания. Так, например, в английском уголовном процессе назначенное по приговору суда наказание, как правило, не может быть усилено по жалобе, если только один из высших английских судов — Апелляционный не придет к выводу, что «вынесенный приговор не только снисходителен, но незаконно снисходителен, так что общество сочло бы его не отвечающим представлениям о надлежащем отправлении уголовного правосудия».[2] В последнем случае определенная судом вначале мера ответственности столь мала и несообразна, что не может всерьез рассматриваться как наказание, поэтому можно презюмировать, что увеличение наказания вышестоящим судом есть наказание не повторное, а как бы первоначальное.

[1] В отличие от пересмотра судебных решений в интересах дела, когда приговор отменяется или изменяется, пересмотр в интересах закона означает лишь то, что проверяющая судебная инстанция дает заключение о правильности применения закона для будущих ссылок.

[2] Human Rights and the Rule of Law in the Criminal Justice System of an Emerging Democrasy. Reference Manual. Criminal Justice Advocacy Institute. 1994. P. 48.

4. Обвинитель не может обжаловать оправдательный приговор. Это справедливо не только для кассации, но и для апелляции. В самом деле, слабая копия состязания в апелляционном суде еще способна оправдать *«довесок»* к наказанию по второму обвинительному приговору, но не выдерживает бремени *полного* наказания. Замена апелляционным судом прежнего оправдательного приговора новым обвинительным и есть, по существу, новое полное наказание — результат вторичного привлечения к ответственности за *одно и то же.* Запрет обвинителю обжаловать оправдательный приговор применяется сегодня лишь в странах с английским типом процесса (Англия, США и др.). В смешанном континентальном судопроизводстве право постановки вопроса об отмене оправдательного приговора обычно предоставлено не только обвиняемому, но и обвинителю, однако и здесь заметна тенденция оградить оправдательный приговор от пересмотра. Протест на оправдание может быть принесен лишь в интересах закона, но не в интересах дела (ст. 572 УПК Франции и т. п.).[1]

5. Принцип поп bis in idem препятствует использованию фактов ранних судимостей обвиняемого для обоснования его ответственности по новым делам, так как, опираясь на прежние приговоры, новое осуждение как бы впитывало в себя долю старой провинности. Следовательно, обвиняемого в подобном случае дважды наказывали бы за старые грехи.

6. Авторитетность судебного решения (auctoritas rei judicatae) прежде всего означает, что вступивший в законную силу приговор имеет преюдициальную силу для всех других судов в пределах данного государства, а в случаях, предусмотренных международными соглашениями, — и для иностранных судов. Авторитетность судебного решения также предполагает, что «суду должна быть предоставлена полная возможность выработать его спокойно и всесторонне».[2] Поэтому принятие дела к производству одним судом исключает аналогичное право всякого другого суда, то есть первая подсудность имеет преимущество над последующими (eceptio rei in judicium deductae *(лат.)* — изъятие дела есть отказ в правосудии).

3.6. Принцип истины

Это принцип публичного состязательного процесса. Частно-исковое производство, в противовес публичному, в истине не особенно нуждается, так как рассчитано на общественного субъекта, которого

[1] По УПК РСФСР I960 г. (ст. 325, 371) и УПК Германии (п. 1 § 331, п. 2 § 358), прокурору дано право опротестовывать оправдательный приговор почти безо всяких ограничений, что, как видим, не согласуется с состязательностью.

[2] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 40.

интересует, в первую очередь, собственное «Я». Наивысшая ценность для частно-искового процесса — решение не истинное, а устраивающее обе стороны. Главной целью такого суда является сохранение в обществе «мира», так же как для его предшественника — обвинительного процесса было характерно стремление предотвратить общественное «смятение». Однако частно-исковой способ судебного разбирательства, в отличие от своего диковатого предка, пытается сохранять приличия. Он не заменяет правду случайностью, а утверждает, что знает истину. Однако это не та грубая истина факта, к которой стремится толпа, а истина формально-юридическая, тонкая, элитарная. Частно-исковой «эстет» как бы повторяет: «Ста низких истин нам дороже нас возвышающий обман». Именно возвышающий обман формальных истин обеспечивает в частном судопроизводстве «мир», выгодный для сильного и грамотного, но страшный для непосвященного. Это инструмент социального отбора, действующий на той стадии общественного сознания, где свобода усматривается в индивидуализме.[1] Частно-исковой процесс полон *юридических фикций* (презумпции, сделки о признании вины, правила об исключении доказательств и т. п.). Fictio est contra veritatem, sed pro veritate habetur *(лат.)* — фикция противостоит истине, но фикция признается за истину. Вместе с тем нельзя категорически утверждать, что частно-исковой процесс чурается истины. Установление фактов такими, какие они есть, для него все же предпочтительно. Тем не менее дефицит средств познания, связанный с отсутствием предварительного расследования, эгоистической природой частного интереса, вынуждает допустить использование в процессе формальных средств, приводящих к формальной, или юридической, истине. Так, И. В. Михайловский, Н. Н. Розин считали, что состязательному процессу, который они понимали как частно-исковую процедуру, не может быть свойственно неограниченное стремление к материальной истине, что здесь уместно говорить лишь об истине юридической, а вместо требования безусловного установления фактов такими, какие они есть, действует «принцип доказанности обвинения».[2]

Иное дело, когда процесс достигает публично-исковой степени зрелости. Здесь действует иной принцип: fictio cedit veritati *(лат.)* —

[1] Ф. Энгельс застал в Англии, по-видимому, именно этот этап («мой дом — моя крепость»), потому что писал про состязательный английский процесс XIX в.: «Кто слишком беден, чтобы выставить защитника или соответствующее количество свидетелей, погиб, если его дело является сколько-нибудь сомнительным... Если он не исчерпает всех возражений, если отсутствует свидетель, которого он не счел необходимым вызвать, — он погиб» *(Маркс К., Энгельс Ф.* Соч., Т. I. С. 637). Макс Вебер также отмечал, что в состязательном процессе заинтересованы или экономически сильные, или те, кто умеет использовать индивидуальные шансы и способности *(Weber M.* Grandriss der Sozialokonomik. Tub., 1921. S. 469—471).

[2] *Михайловский И. В.* Основные принципы организации уголовного суда. Томск, 1905. С. 93; *Розин Н. Н.* Уголовное судопроизводство. СПб., 1914. С. 303.

фикция уступает истине. Фикция не имеет силы, когда ей противостоит истина. Публичность сменяет частное начало по мере того как индивидуальность побеждает индивидуализм. Индивидуальность же нуждается в точных весах. Она не удовлетворяется формальной истиной, ибо та есть не мера, а печать. Естественная среда индивидуальности — открытое информационное общество. Не удивительно, что публичность правосудия, также понимаемая как открытость процесса, нуждается не в формально-юридической, но в *материальной,* или *объективной истине.* Точное знание фактов такими, какие они есть, позволяет более тонко регулировать общественные отношения, экономить репрессию, сокращать социальные издержки, неизбежные при функционировании механизма судопроизводства. Все это, в конечном итоге, поднимает уровень социализации правосудия, отводя ему в неизведанной еще перспективе новую, более глубокую роль в истории человеческого общества.[1]

Но «что есть истина?» Этот вопрос задается в уголовном суде от Понтия Пилата до наших дней. Если истина — это соответствие наших знаний реальной действительности, то судить об этом соответствии мы можем только посредством своего внутреннего убеждения. Обоснованное убеждение в истинности знания есть достоверность. «Истина... в уголовном процессе выражается в достоверности (уверенности), что такой-то факт существует или не существует», — писал классик французского уголовного процесса Фостен Эли.[2] «Фактической достоверности не существует объективно, — она есть только известное состояние нашего убеждения», — считал Л. Е. Владимиров.[3] Слово «достоверный» значит верный, не вызывающий сомнений.[4] Итак, достоверность — впрочем, так же, как и вероятность, — это лишь представления об истине в нашем сознании, характеристики доказательности знания,[5] и потому не прав М. С. Строгович, считавший, что «достоверность — это то же самое, что истинность. То, что достоверно, то и является истинным, так как

[1] Эта новая роль юстиции в грядущем государстве будет, вероятно, связана с двухуровневым регулированием общественных отношений, когда общие законодательные штампы, по природе своей недостаточно учитывающие личные особенности индивидов, станут в каждом конкретном случае не просто применяться, а при необходимости адаптироваться судом к общественным отношениям с учетом требований индивидуальной справедливости. Тогда можно будет говорить о *праве справедливости* и подлинном правовом государстве.

[2] *HelieF.* Traite de l'instruction criminelle, ou Theorie du Code d'instruction criminelle. En 3 vol. V. I. Braxelles, 1863. P. 5.

[3] *Владимиров Л. Е,* Суд присяжных. Харьков, 1873. С. 99.

[4] *Ожегов С. И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. М., 1994. С. 173.

[5] См.: *Смирнов Л. В.* Вероятность и достоверность как гносеологические характеристики знания // Вопросы гносеологии, логики и методологии научного исследования. Л., 1972, Вып. 3, С. 33—39.

находится в соответствии с действительностью».[1] Если бы это было так, то как, например, объяснить необходимость в судопроизводстве процедуры пересмотра вступивших в законную силу решений по вновь открывшимся обстоятельствам? Ведь, принимая такое решение, суд не сомневался, более того — и не должен был сомневаться в своих выводах, однако затем открылись обстоятельства, которые ранее объективно *не могли* быть известны суду, и выводы оказались неистинными. Это, однако, не значит, что, принимая решение, суд действовал неверно, что у него были или должны были быть сомнения. Другими словами, первоначальные его выводы были достоверны, хотя и неистинны. Именно поэтому пересмотр дел по вновь открывшимся обстоятельствам не свидетельствует о браке в работе суда, принявшего неистинное решение.

Где же искать *критерий достоверности,* мерило того состояния убеждения, которое мы принимаем за истину? Таким критерием может быть только опыт, практика, ибо ничего другого для суждения об истине в распоряжении человека нет. Если мы не можем отыскать *ни одного исключения* из имеющегося в нашем распоряжении *опыта,* наш вывод должен считаться достоверным. Причем имеется в виду весь наличный опыт, включая добытые по делу данные, и заимствованные познания, в том числе знание закономерностей окружающей действительности, а также опыт, фиксированный в правилах логического мышления.[2] Поскольку объем опыта у разных людей не одинаков, то что достоверно для одного человека, другому может показаться недостаточно убедительным. Поэтому в судопроизводстве значение имеет не столько индивидуальный, сколько общественный опыт. Именно отсюда проистекают стадийность (инстанционность) процесса и необходимость не просто познания, но особого удостоверительного познания, то есть *доказывания* фактов. Нормы доказательственного права служат в судопроизводстве одним из важнейших средств приведения опыта к общественному стандарту.

Следуя относительному опыту, достоверность также относительна и не исключает вероятности. Эли писал по этому поводу: «Человеку не дано достигать абсолютной достоверности; он должен удовлетворяться относительной достоверностью, которую он достигает только через все страсти и все свои несовершенства».[3] Достоверность и вероятность, конечно, антитезы, но антитезы диалектичес-

[1] *Строгович М. С.* Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. М., 1955. С. 33—39.

[2] Опыт есть отражение в сознании людей законов объективного мира и общественной практики, полученное в результате их активного практического познания {*Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка, с. 449).

[3] *Helie F.* Traite de l'instuction criminelle, ou Theorie du Code d'instruction criminelle. V. II. P. 311.

кие. Противоположности — не противоречия, они дополнения. Вероятность дополняет достоверность, предостерегая ее от излишнего самомнения. Она будто говорит: твой вывод *практически* однозначен, но как бы ни был велик объем подтверждающей практики, он ограничен, а потому всегда сохраняется *теоретическая* вероятность альтернативы. Иначе говоря, достоверность постоянно несет в себе абстрактную рецессивную возможность иного вывода. Поэтому питавший в свое время бурные теоретические дискуссии вопрос о том, что является целью судебного познания — достоверность или вероятность,[1] поставлен не вполне корректно. Любой достоверный вывод одновременно является и вероятностным.[2] Вот только вероятность при этом не конкретно-практическая, а абстрактно-теоретическая. Достоверности страшна лишь практическая вероятность. Достоверным является вывод, в отношении которого не возникает *разумных сомнений,*[7]" то есть отсутствуют исключения из общественного практического опыта.

Итак, достоверные знания имеют для нас *значение* объективных истин. При этом используются такие понятия, как «оценка» и «внутреннее убеждение». Heros des deux mondes *(фр.)* — героем двух миров — здесь является суд. Именно его внутреннее убеждение, созревающее в результате оценки доказательств, отражает наступление момента истины и довлеет над убеждением обеих сторон. Казалось бы, истина и суд должны быть сиамскими близнецами, но, как ни парадоксально, *активность суда* в достижении истины нередко сдерживается законом. Естественным ограничителем судебной активности служит обвинительная или частно-исковая состязательная форма. Состязательность предполагает независимость суда, и если остаются подозрения в его беспристрастности, суд ради сохранения состяза-

[1] См.: *Тадеосян В. С.* К вопросу об установлении материальной истины в советском процессе // Советское государство и право. 1948, № 6; *Сгпрогович М. С.* Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе, с. 19—158; *Эйсман А. А.* Соотношение истины и достоверности в уголовном процессе // Советское государство и право. 1966. № 6. С. 92—97; *Орлов Ю. К.* Внутреннее убеждение при оценке доказательств (правовые аспекты) // Вопросы борьбы с преступностью. Вып. 35. М., 1981. С. 55—62.

[2] В ряде других наук, например в математике, такой подход к достоверности в порядке вещей. «Достижение достоверности как абсолютной, окончательной доказанности невозможно в математике так же, как и в любой другой науке... Абсолютная вневременная достоверность недостижима именно потому, что всякое доказательство существует в системе развивающегося знания, используя имеющиеся в нем понятия ... Невозможность абсолютной достоверности обусловлена и тем, что требование такого доказательства приводит к регрессу в бесконечность» *(СмирновЛ.В.* Вероятность и достоверность..., с. *4(У*—41).

[3] В английском процессе для обозначения критерия доказанности обвинения используется выражение: «вне разумного сомнения» (bejond a reasonable doubt). По существу, это требование достоверности, а не вероятности, как полагают некоторые авторы. (См., например: *Строгович М. С.* Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе, с. 44).

тельного характера отношений должен устраниться от активного участия в процессе. Причем спектр такого устранения довольно широк — от полного отстранения судей от участия в деле (отвод, самоотвод) до *пассивности суда* в исследовании, а в обвинительном суде — даже и в оценке доказательств. Судьи в состязательном процессе не могут быть очевидцами исследуемого события, ибо в этом случае они заведомо солидарны с позицией одной из сторон, и потому *состязание* невозможно. Судья-очевидец либо подлежит отводу, либо должна быть избрана несостязательная процедура. Причиной пассивной роли суда может быть, как говорилось выше, недостаточное *разделение властей* в политическом механизме государства. Гражданское общество не может вполне довериться тем судьям, которые находятся в прямой зависимости от административной власти. Например, если судебный корпус назначается правительством или главой государства (монархом, президентом), который в то же время формирует правительство и вообще руководит исполнительной властью, то налицо отступление от принципа разделения властей. Таким «коронным судьям», чтобы избегнуть обвинений в тенденциозности ведения судебного разбирательства, следует воздерживаться от активности в ходе исследования доказательств, где главная роль должна принадлежать сторонам. В крайних же случаях, когда зависимость судей от правительства наиболее очевидна, «коронным» судьям не может быть доверена и оценка доказательств. Для того чтобы состязательность не приобрела при этом грубые обвинительные формы,[1] оценка доказательств передается от «коронных» судей жюри присяжных. Последние, как правило, непосредственно не участвуют в исследовании доказательств, оставляя это сторонам (реже — «коронным судьям»), поскольку исследование доказательств связано с проверкой версий и предположений, а человек, нашедший подтверждение (может быть, скороспелое) своей догадке, психологически пребывает у него в плену. Исследуя доказательства, судьи одной ногой вынуждены ступать на территорию либо обвинения, либо защиты — третьего не дано, ибо все доказательства делятся на обвинительные и оправдательные. Присяжные заседатели не всегда способны противостоять искушению поспешных выводов. Поэтому, как говорится в Апокалипсисе, «даны каждому из них одежды белые, и сказано им, чтобы они успокоились еще на малое время.. .»[2] Завершение конституционного процесса, достижение устойчивого разделения властей обычно приводят к отказу от суда присяжных и переходу к шеффен-

[1] В обвинительном процессе, как мы уже говорили ранее, судьи не оценивают доказательства по внутреннему убеждению, а прибегают к формальным критериям (ордалии, формальные доказательства).

[2] Откровение Святого Иоанна Богослова (6, 11).

ской системе.[1] Профессиональные же судьи вновь получают возможность активно собирать и проверять доказательства.

Вместе с тем лозунг: «Да свершится правосудие, если даже погибнет мир!» явно не может быть девизом состязательности. Последняя благоприятствует достижению истины («в споре рождается истина»), но не любой ценой и лишь в тех пределах, ради соблюдения которых и создан состязательный процесс. Истина, добытая вне состязания либо в условиях, когда стороны были поставлены в заведомо неравное положение, считается нелегитимной, запретной. Индивидуальная справедливость в состязательном правосудии выше истины. Homo mensura — человек есть мера. Эти слова, приписываемые греческому философу Протагору, вполне подходят и для нашего случая. Справедливое состязание сторон — это именно тот метод нахождения истины, который можно назвать «человеческим измерением» в правосудии.

Степень ограничений на средства и способы достижения истины различается в зависимости от вида состязательности. В частно-исковом процессе, где отсутствует предварительное следствие и познавательные возможности суда лимитированы узкими рамками судебного заседания, истина часто предстает в формально-юридической оболочке. Публичный состязательный процесс, напротив, отдает явное предпочтение материальной истине. Впрочем, юридическая истина не подвержена полному остракизму и в публичном судопроизводстве, она востребована там, где этого требуют интересы процессуальной системы *сдерэюек и противовесов.* Юридическая истина использует в качестве своего орудия арсенал юридических фикций. К их числу относятся: 1) презумпции, 2) мировые соглашения, 3) правила об исключении доказательств. Не все из них одинаково применимы в частных и публичных видах состязательного производства. Попробуем разобраться в этом вопросе.

Презумпция — это условно признаваемое истинным предположение о наличии или отсутствии определенного факта.[2] Сторона, в пользу которой презюмируется факт, освобождается от бремени его доказывания. Презумпции делят на юридические (правовые, легальные) и фактические; опровержимые и неопровержимые.

Обычно правовыми презумпциями считают те, которые закреплены нормами права, а фактическими — которые правом не закрепле-

[1] Во многих государствах континентальной Европы суд присяжных к середине XX в. фактически уступил место шеффенскому суду (Германия 1924 г., Италия 1941 г., Франция 1958 г. и др.), хотя термин «суд присяжных» в законодательстве номинально и сохранен.

[2] См.: *Гуляев А. П.* Социально-политический аспект презумпции невиновности // Советское государство и право. 1988, № 4, с. 31.

ны.[1] Но этот критерий слишком формальный. На самом деле фактические презумпции точно так же, как и юридические, могут содержаться в нормах права или, по крайней мере, выводиться из них с помощью толкования. Главное отличие фактических презумпций от юридических в ином — его следует искать не в форме, а в содержании. Фактические презумпции основаны на фактических закономерностях, на том, что чаще встречается. Иногда для обоснования презумпции могут быть использованы статистические данные, в таком случае говорят о *статистических* фактических презумпциях. В качестве примера приведем *презумпцию вменяемости,* в силу которой каждое лицо считается вменяемым, если не будет доказано противоположное. Специально вменяемость по каждому уголовному делу не доказывается, хотя принадлежит к числу необходимых признаков субъективной стороны состава преступления. Потребность в этом возникает лишь при появлении данных о неспособности лица понимать значение своих действий и руководить ими.[2] Если такой информации нет, обвинитель освобождается от бремени доказывания факта вменяемости, то есть мы имеем дело с опровержимой презумпцией. Причем речь идет именно о фактической презумпции, так как подавляющее большинство лиц, совершающих общественно-опасные противоправные деяния, вменяемы. Чаще фактические зависимости, лежащие в основе фактических презумпций, не могут быть выражены строго математически. Как метко заметил А. А. Эйсман, в подобных случаях можно говорить о «полуколичественных» оценках, в основе которых лежит «несчитанная статистика обычных явлений и обобщений жизненного и профессионального опыта».[3] Такова, в частности, презумпция *осознания лицом преступного характера своих действий,* которая выводится из *факта владения недавно похищенным имуществом.*[4] К числу фактических презумпций можно отнести используемую при доказывании умысла по делам о преступлениях с материальными составами презумпцию того, что *лицо ожидает естественных последствий своих действий.* По свидетельству Р. Уолкера, в английском суде эта фактическая презумпция одновре-

[1] См.: *Петрухин И. Л.* Презумпции и преюдиции в доказывании // Теория доказательств в советском уголовном процессе. § 4 гл. V. С. 344; *Уолкер Р.* Английская судебная система, с. 562—565.

[2] Так, например, УПК РСФСР 1960 г. единственный раз упоминает о доказывании вменяемости в п. 2. ч. 1 ст. 79, где говорится о назначении экспертизы для определения психического состояния обвиняемого или подозреваемого. Однако это действие производится только тогда, когда «возникает сомнение по поводу их вменяемости. ..» Значит, при отсутствии сомнения вменяемость не доказывается.

[3] *Эйсман А, А.* Некоторые вопросы оценки как количественной характеристики доказательств // Вопросы кибернетики и право. М., 1967. С. 177.

[4] См.: *Уолкер Р.* Английская судебная система, с. 565.

менно рассматривается и как правовая.[1] Для формальных составов преступлений, которые не требуют наступления конкретных вредных последствий, действует фактическая презумпция *осознания лицом общественной опасности своих действий*.

Юридические презумпции основаны не на частоте повторяемости фактических связей, а на чисто юридических соображениях. Такие презумпции могут быть *материальными* и *процессуальными*. Деление это условно, так как любая презумпция «прорастает» процессуальными последствиями — избавлением стороны от бремени доказывания, возложением его на других лиц. Материальные юридические презумпции полагают установленными факты, содержащие признаки состава преступления.

Некоторые авторы полагают возможным говорить о презумпции «неразумения», в силу которой факт недостижения лицом возраста уголовной ответственности исключает необходимость доказывания того, что оно понимало общественную опасность своих действий, а также о презумпции, которая якобы предписывает считать правонарушителя не представляющим общественной опасности, если истекли сроки давности.[2] Думается, что в подобных случаях следует говорить не о презумпциях, а о нормах права, исключающих привлечение к уголовной ответственности малолетних или любых лиц по истечении определенного срока после совершения преступления. Если бы здесь действительно презюмировалось отсутствие общественной опасности, то производство по делу оканчивалось бы ввиду отсутствия состава преступления, необходимым признаком которого и является общественная опасность. Однако основанием для решения служат другие обстоятельства — именно недостижение лицом необходимого возраста и истечение давностных сроков. В том же факте, что общественная опасность после прекращения дела более не доказывается, следует видеть не освобождение от бремени доказывания, а просто последствие прекращения процесса. Иначе можно узреть презумпцию в любой правовой норме — ведь каждая из них имеет свое основание, объясняющее ее смысл. Так, нетрудно было бы смоделировать «презумпцию милосердия», связав ее с помилованием, «презумпцию бесчестия» при лишении званий и наград и т.д. и т.п. Но доказыванию подлежат не намерения законодателя, а фактические условия действия нормы, вытекающие из ее гипотезы.

Так, презюмируется осознание обвиняемым *противоправного характера* деяния *(презумпция знания закона),* что является необходимым признаком объективной стороны любого состава преступления.[3] Материальные юридические презумпции имеют иное основание, чем статистическая частота событий. Так, например, трудно предположить, чтобы всякий гражданин знал о противоправности действий, соответствующих большинству формальных составов

[1] См. там же.
[2] См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе, с. 346—347.
[3] См.: *Пионтковский А. А.* Учение о преступлении.М., 1961. С. 160.

преступлений, скорее наоборот.[1] Материальные презумпции созданы главным образом для удобства правоприменителя, а потому было бы разумно и справедливо допустить возможность опровержения многих из них.[2]

Процессуальные юридические презумпции также не интересует вопрос о повторяемости фактических связей. Их требование считать то или иное обстоятельство установленным продиктовано, иногда даже *вопреки* прямолинейной логике фактов, утонченной логикой права. Таков, например, главный парадокс уголовного процесса — знаменитая презумпция, полагающая обвиняемого *невиновным* до тех пор, пока его виновность не доказана и не установлена приговором суда. Объяснить презумпцию невиновности с фактической точки зрения невозможно, ибо по статистике подавляющее большинство лиц, привлекаемых в качестве обвиняемых, в дальнейшем оказываются действительно виновными.[3] Но если данная презумпция и лишена фактического смысла, то юридическое ее значение трудно переоценить. Без помощи презумпции невиновности публичному состязательному процессу не удалось бы сохранять равновесие сторон — государственного органа уголовного преследования и частного лица, обвиняемого в преступлении, которые заведомо несопоставимы по своим фактическим силам и возможностям. Она является основным элементом отраслевого принципа преимущества защиты и важнейшей гарантией уголовно-процессуального принципа равенства сторон. Саму презумпцию невиновности можно рассматривать как институционный принцип публичных видов состязательного процесса. Вместе с тем эта презумпция относится к числу опровержимых. Это бремя лежит на стороне уголовного преследования.

Процессуальные презумпции стоят на страже не только равенства сторон, но и независимости суда, свободы оценки доказательств.

[1] Исключеним являются те формальные составы преступлений, в основе которых лежит общеизвестная противоправность некоторых деяний (дача и получение взятки, дезертирство и т.п.). Для них, так же как и для материальных составов, можно говорить о действии неопровержимой *фактической* презумпции, так как они базируются на *общеизвестных фактах.* Представляется, что во всех прочих случаях презумпция знания закона должна быть опровержимой.

[2] Удивительный пример материальной презумпции дает ст. 27 Уголовного кодекса России: если умышленное преступление влечет *не охватываемые умыслом неосторожные* последствия, все преступление в целом тем не менее *признается совершенный умышленно.* То есть, невзирая на *доказанность* неосторожного характера последствий, презюмируется умысел! Представляется, что в данном случае законодатель напрасно прибегнул к презюмированию, так как не следует употреблять в дело фикцию при возможности положительного познания фактов.

[3] В 1986-1996 гг. в России осуждено в среднем 87,65 % от общего числа лиц, привлеченных в качестве обвиняемых, причем в 1986 г. этот процент составлял 96,38, а в 1987 г. — 97,76. (См.: Судебная статистика. Преступность и судимость: Современный анализ данных уголовной судебной статистики России 1923—1997 годов. /Под ред. И. Н. Андрюшечкиной. М., 1998. С. 14).

Укажем здесь на одну из важнейших — презумпцию *равенства всех видов доказательств.* Согласно ей *ни одно доказательство не имеет заранее установленной силы.* Другими словами, пока не доказано обратное, считается, например, что документы не хуже показаний, вещественные Доказательства — документов и т.д. Действительная сила доказательств устанавливается лишь в результате их итоговой оценки, которая все расставляет по своим истинным местам. Интересной особенностью подобных презумпций является то, что бремя их опровержения несет не только заинтересованная в дискредитации того или иного доказательства сторона, но и сам суд, который есть главный субъект оценки. Именно он обязан указать в приговоре «доказательства, на которых основаны выводы суда, и мотивы, по которым суд отверг другие доказательства» (ч. 1 ст. 314 УПК РСФСР 1960 г.). В противном случае приговор может быть отменен (п. 3 ст. 344 того же Кодекса).

Частно-исковой процесс, чувствуя слабость в искусстве отыскания истины, жаждет фактических презумпций, служащих для него своего рода гносеологическим «наркотиком». С другой стороны, он меньше нуждается в системе сдержек и противовесов, поскольку частные стороны находятся как бы в одной «весовой категории». Поэтому необходимость в юридических презумпциях в нем возникает редко. Публичная состязательность, напротив, лучше вооружена гносеологически, но менее устойчива с точки зрения разделения силы и власти. Не удивительно, что здесь пришлись ко двору юридические презумпции, хотя в крайних случаях не отвергаются и фактические. Упоминание о крайних случаях сделано тут не для красного словца. Так, например, презумпция того, что *если лицо скрывает доказательство, то это доказательство говорит против него,* вполне уместное в частно-исковом процессе,[1] невообразимо в публичном судопроизводстве. Крайности, при которых фактические презумпции все же допустимы и при публичных видах состязательности, таковы:

Это, во-первых, *общеизвестные факты,* которые также можно рассматривать как фактические презумпции очень высокой степени вероятности[2], например: две недели — слишком короткий срок для точного установления беременности; верблюд — домашнее животное; летом в 16 часов еще светло и т. п. Но общеизвестные факты не застрахованы от того, чтобы подпасть под сомнение и подвергнуться судебному исследованию. Так, будто бы очевидный факт, что верблюд является домашним животным, был признан одним осторожным английским судьей только после сверки с литературой и заслушива-

[1] См.: *Уолкер Р.* Английская судебная система, с. 565.

[2] Теория доказательств в советском уголовном процессе, с. 364.

ния свидетелей.[1] Факт, что летним днем было светло, также может быть опровергнут, например, тем, что в это время происходило солнечное затмение. Даже, казалось бы, общепризнанные исторические факты — и те могут быть подвергнуты критике.[2]

Во-вторых, фактические презумпции в публичном суде могут быть использованы там, где следствие в большинстве случаев заведомо *бессильно* доказать какой-либо *негативный* факт, то есть отсутствие определенного события. Нередко такие негативные факты относятся к предшествующему поведению лица. В частности, при подозрении в незаконном ношении или хранении огнестрельного оружия чрезвычайно трудно опровергнуть обычное объяснение подозреваемого о том, что он незадолго до задержания нашел оружие и тотчас намеревался сдать его властям. Обычно просто невозможно доказать, что оружие *не было* найдено подозреваемым или что он *не собирался* его сдавать. Чтобы это сделать, пришлось бы загодя, на 24 часа в сутки приставить к *будущему* подозреваемому наружное наблюдение и понятых, что практически невозможно. Другие свидетели и вещественные доказательства, которые бы позволяли изобличить его во лжи, находятся крайне редко. Не последнюю роль играет здесь то обстоятельство, что наиболее вероятные свидетели по делам подобного рода — это члены семьи подозреваемого, имеющие право воспользоваться свидетельским иммунитетом. Презумпция, которая может быть применена в подобных случаях, состоит в том, что лицо *считается виновным* в незаконном действии (в нашем примере ношении или хранении оружия), до тех пор, пока не доказано обратное. Бремя доказывания при этом возлагается на сторону защиты. Последняя по сравнению с обвинением объективно находится в подобных случаях в значительно лучшем положении, ибо доказать *наличие* факта (в данном случае факта находки) несравненно легче, чем его отсутствие. Презумпция виновности необходима здесь для того, чтобы выровнять стороны и тем самым вновь сделать состязание справедливым, то есть она обнаруживает признаки процессуальной юридической презумпции.

Однако чрезвычайно важно отметить, что для использования презумпции виновности есть одно непременное условие. В приведенном примере это высокая вероятность того, что тот, у кого найдено оружие, виновен в его незаконном ношении и хранении. Более того, если говорить о научном подходе к правовому регулированию, то необходимо не просто содержательное, но статистическое обоснование такой вероятности. Без *фактической (статистической)* презумпции виновности не следует применять юридическую презумпцию винов-

[1] См.: *Уолкер Р.* Английская судебная система, с. 561.

[2] См., например: *Носовский Г. В., Фоменко А. Т.* Русь и Рим. Правильно ли мы понимаем историю Европы и Азии? Т. 1–2. М., 1997.

ност, Они обязательно ^ ^ Ж ^ г Л ^ ж ^ ^ соразмерно ухудшится положение когооб уже на похи- презюмировать виновность в краже вованиеподобной зависи- щенная вещь, так как фактическое сторонЫ) исторИя суда мости в наше время маловероятна ^ Q T Q преследования, когда помнит о таких древних Ф°Р^^ J аявещь, или те, к кому приво- тот, у кого была обнаружена похиш зыватьсвою невиновность дил след преступника, должны оыл Д ПрОстранной редакции Рус- («свод» и «гонение следа» — ст. 34 и менабыл0 фактиче ской ской Правды).[1] Однако то, что в дре нномиРС:сег0 комму- презумпцией, не является таковой £оМсериИной продукции, где никациями, развитой торговлей, вь у ^^ может быстро оказаться похищенная или просто похожая на да статистич еской базы вво- у кого угодно. Впрочем, даже пРин ональнЫе законодательства дить презумпцию виновностм ня·ывается «с разбором», учитывая следует очень осторожно, тм f ^ S i о хорошо для русского- конкретные социальные условия. г> д социальнАя напряжен- пемцу смерть», и наоборот. Если имеет м венная обстА- ность, уровень п Р ^ - ^ ^ п ^ у м п ц и я виновности может со- новка оставляет желать лучшегоДф у ^ mQ QНаста· служить правосудию недобрую службу.^ Р анных ^^ , нет орудием криминальных и: корру ^ нении конкурентов и политических интригах, вымогатель^' У^ нениеэтой пре- т д. При этом особенно опасным можетоь Р аненИе нар- т д. При эт амотяжких 4 * ^ тм % ^ тм % ^ ^ Р тимый зумпции по делам о тяжких 4 * ^ тм % ^ ^ и недопустимый котиков, получение взяток и ^ J ^ // с , у обвинения. котиков, полу перевес сил в уголовных ^ < ^ * ^ формальное признание. Это ил в уголовных ^ СПОЛЬЗ У^Я ^ ; о признании факта, В частно-исковом суде п и с орон ^ ^ ^ заявление в процессе, сделанное ^ ш ^ ^ ^ ^ и дивозраже- на котором другая сторона основывает ев н Р ю&вддам0С1И дальней- ния. Оно освобождает ДРУ^ ^^ считается установленным, шего доказывания этого факта, тмтм? истинности признания, По существу, мы имеем здесь^презу ким пример ом явля- сделанного в пользу другой сто Р°*ь тм ности что в частно-исковом ? знание обвиняемым: с в о е й ^ В ^ ^ тельства и вынесе-

по истории государствaии:права СССР М 1990 С. 14, 18.

ц ^ презумпция ви-

с соблюдением прав человека!

знания являются сделки уголовного преследования и защиты о признании виновности (plea-bargaining англо-американского процесса).[1] Идея, лежащая в основе института формального признания, проста — признание стороной спорного факта означает прекращение спора, а значит, и прекращение (полное или частичное) самого состязательного процесса. Это юридическая презумпция. В частно-исковом процессе для нее еще можно подыскать пару в виде презумпции фактической. Ход рассуждений здесь таков: фактически частные стороны приблизительно равны по силам, поэтому вероятность получения недобровольного признания вследствие давления одной стороны на другую невелика. Также маловероятно, что кто-нибудь станет по доброй воле делать ложное признание против своих собственных интересов. Значит, признание, сделанное в пользу другой стороны, здесь чаще всего истинно. Отсюда — фактическая презумпция, подкрепляющая юридическую. Но в публичном разбирательстве положение иное. Как правило, сторона государственного уголовного преследования фактически превосходит частную сторону защиты. Значит, добровольность признания обвиняемым своей виновности или ведущих к ней фактов потенциально находится под угрозой.[2] Следовательно, всегда могут быть сомнения относительно добровольности признания, если только она не подтверждается совокупностью других доказательств по делу. Поэтому в публичном состязательном процессе использование формальных признаний означало бы применение «голой» юридической презумпции, не имеющей серьезной фактической опоры.

От формальных признаний и сделок о признании следует отличать мировые соглашения, которые к числу фикций не относятся. Мировым соглашением обычно считают договоренность сторон об окончании судебного спора путем взаимных уступок.[3] И это, безусловно, верно для частно-искового процесса, где компромисс обычно касается признания обвиняемым той или иной доли своей виновности и отказа обвинителя от отдельных фрагментов обвинения. То есть в частно-исковом производстве мировое соглашение оформляет сделку о признании, или, иначе говоря, юридическую фикцию. Другое дело — публичное разбирательство. Здесь мировое соглашение не сделка, а *примирение* обвиняемого с потерпевшим, который по-

[1] По некоторым данным, в судах США сделками о признании виновности завершается от 92 до 98% уголовных дел {*Newman. D. J.* The Plea-Bargaining. In: The Order Under Law: Reading in Criminal Justice. 1981. P. 166).

[2] Например, по результатам исследования 394 дел, рассмотренных в английских судах магистратов, 39 % письменных и 50 % устных заявлений о признании вины, сделанных в полиции, оспариваются в дальнейшем в судебном заседании по мотивам их недобровольности. (См.: *Ковалев В. А.* Буржуазная законность. Теоретические иллюзии и судебно-полицейская реальность. М., 1986. С. 125).

[3] См.: Большой юридический словарь, с. 374.

просту прощает своего обидчика.[1] Так, по законодательству Испании, прощение потерпевшим признается основанием для прекращения уголовного преследования (ст. 130 УК Испании), в.России уголовное дело может быть прекращено на основании примирения потерпевшего с подозреваемым или обвиняемым (ст. 9 УПК РСФСР) и т.д. Здесь мы имеем дело уже не с фикцией, а с проявлением индивидуальной справедливости. В чем заключается критерий такой справедливости или (что то же самое) в отношении каких преступлений допустимы мировые соглашения? Первое, что приходит в голову, это критерий, состоящий в степени общественной опасности преступления. Логика рассуждений при этом может быть примерно такова: мировое соглашение (примирение) возможно, если преступление не настолько опасно, чтобы публичный интерес считал себя ущемленным. Если же преступление тяжкое, то оно нарушает не только частный, но и публичный интерес, и поэтому прекращение дела за примирением невозможно. В подобном ключе решен вопрос в упомянутой статье УПК России, где примирение допускается только с лицами, впервые совершившими преступление небольшой тяжести, наказание за совершение которых не может превышать двух лет лишения свободы. Однако при ближайшем рассмотрении в данной юридической конструкции обнаруживается брешь. В самом деле, любое преступление (начиная с тяжких и кончая преступлениями небольшой тяжести) общественно опасно, причем именно потому, что существенно задевает не только личные, но и публичные интересы. Так, согласно Примерному Уголовному кодексу США, преступление — это «поведение, неоправданно и не извинительно причиняющее существенный вред интересам личности и общества или угрожающее причинением такого вреда».[2] В противном случае это не преступление, а гражданский деликт. Но jus publicum privatoram pactis mutari non potest *(лат.)* — государственное право не может быть изменено решением частных лиц. Потерпевший вправе простить обвиняемого не потому, что преступление опасно не для общества, а лишь для интересов потерпевшего, но потому, что деяние вообще не представляет общественной опасности. А это возможно только при одном условии — характер прощаемого деяния таков, что наличие или отсутствие у него общественной опасности зависит от отношения лица, подвергшегося воздействию.[3]

[1] Конечно, не только публичный, но и частно-исковой уголовный процесс может прибегнуть к примирению сторон на основе прощения обвиняемого потерпевшим. Однако примирение здесь возможно и на основе фикции.

[2] Примерный Уголовный кодекс США. М., 1969. С. 32.

[3] Поэтому нельзя согласиться с Н. С. Таганцевым, который объяснял отказ от уголовного преследования в подобных случаях лишь утилитарными соображениями. *(ТаганцевН. С.* Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. Т. 2. М, 1994. С. 337).

К такого рода деяниям могут принадлежать прежде всего те преступления, объект которых лежит в сугубо личной, даже эмоциональной сфере, ибо они посягают на такие нематериальные блага, как физическая и половая неприкосновенность, честь и достоинство, конституционные права и свободы. Это побои, не причинившие вреда здоровью; клевета, оскорбление, отдельные половые преступления, нарушение неприкосновенности частной жизни, жилища, тайны переписки, нарушение авторских прав, воспрепятствование осуществлению права на свободу совести и т.п. Оскорбление такими деяниями чувств потерпевшего само по себе есть факт общественно опасный. Напротив, непричинение реального морального вреда может превратить эти деяния в простые бытовые события, делающие уголовное преследование нелепым и даже вредным. Скажем, абсолютная половая неприкосновенность женщин обрекала бы на исчезновение род человеческий; преступно здесь только «неизвинительное», то есть не прощеное вторжение.

Уровень общественной опасности деяния может также колебаться в зависимости от позиции пострадавшего и по делам о некоторых экономических преступлениях — там, где вред причинен в основном отношениям собственности или вспомогательным по отношению к ней отношениям, например: уничтожение или повреждение чужого имущества, неправомерное завладение автомобилем, незаконное получение кредита, простые (неквалифицированные) монополистические действия путем ограничения доступа на рынок или устранения с рынка других экономических субъектов, принуждение к заключению сделки под угрозой распространения неблагоприятных сведений, незаконное использование товарного знака, нарушение коммерческой тайны, злоупотребление полномочиями управленцами в коммерческих организациях, коммерческий подкуп и т. п. Собственность же по своей природе (свобода владения, пользования, распоряжения имуществом) диспозитивна и предполагает возможность компенсации ущерба в результате соглашения сторон. Посему было бы правомерно предоставить пострадавшему право определять — продолжать уголовное преследование или нет, при условии, если подобным преступлением непосредственно не нарушены также законные экономические интересы государства и иных лиц.

В каких случаях следует употреблять частно-исковую, а в каких публичную процедуру для производства по делам, которые могут быть завершены мировым соглашением? Можно предложить для этого de lege ferenda два критерия. Прежде всего это степень общественной опасности преступлений. Ранее мы говорили, что этот критерий не годится для решения вопроса о том, в отношении каких преступлений допустимы мировые соглашения, ибо для их заключения имеет значение не степень, а полное отстутствие общественной опасности. В данном контексте речь идет о другом — о юридической фор-

ме процесса, в котором могут совершаться мировые соглашения. Более опасные преступления из рассматриваемой группы требуют публичного преследования, хотя и при этом потерпевшие должны обладать правом прощать (дела о различных насильственных действиях сексуального характера без отягчающих обстоятельств т. д.). Другим критерием для выбора вида процесса может служить принцип равенства сторон. Если стороны по своим фактическим возможностям неравны, государство должно подставить плечо более слабой стороне. Поэтому там, где частный обвинитель заведомо не может преуспеть в собирании доказательств, разумно применять публичную процедуру — по делам о преступлениях против неприкосновенности частной жизни, жилища, тайны переписки, телефонных переговоров, свободы распространения информации и т.п. Обидчиками здесь нередко бывают государственные органы, средства массовой информации, политические структуры, которые могут укрываться от домогательств частного лица за «дымовой завесой» служебной или профессиональной тайны и способны охладить его обвинительный пыл организованным корпоративным отпором. Публичное преследование в этих случаях может быть куда более продуктивным в установлении истины. По некоторым видам преступлений весьма вероятно и оказание незаконного давления на частного обвинителя со стороны более мощного оппонента с целью добиться отказа от претензий или уменьшения их объема (например, по делам о принуждении к совершению сделки, о монополистических действиях), что также указывает на необходимость в этих случаях поддержки со стороны публичного органа. По всем прочим преступлениям рассматриваемого типа допускается использование частно-искового порядка преследования (при уничтожении чужого имущества, побоях, клевете, оскорблении и т. п.).

Итак, мировые соглашения в состязательном процессе уместны по делам не только частного, но и публичного обвинения. При этом не все деяния могут быть прощены пострадавшим, но лишь те из них, которые мы назовем извинительными преступлениями, то есть утрачивающими общественную опасность в результате такого прощения.[1] В публичном процессе мировые соглашения не прикрывают сделок о признании, не покупают видимость общественного мира ценой отказа от истины. Их социальный смысл глубок — это инструмент более тонкого регулирования конфликтных отношений, чем это дозволяла бы безыскусная директива на неотвратимость наказания. Только опираясь на истинное знание всех обстоятельств дела, суд при помощи мирового соглашения способен точно соотнести свое

[1] Вопрос об отнесении тех или иных преступлений к числу извинительных в рамках данной работы можно считать лишь постановочным. Его полное решение требует специальных, в том числе конкретно-социологических, исследований.

решение с мерой индивидуальной справедливости и таким образом содействовать подлинной публичности процесса.

4. Отраслевые уголовно-процессуальные принципы

Наряду с общеправовыми и межотраслевыми принципами в уголовном состязательном процессе можно обнаружить начала, характерные только для этой отрасли права (отраслевые принципы). Они относительно немногочисленны в сравнении с межотраслевыми принципами состязательности, и это вполне естественно, ибо для любой формы, в том числе юридической, метод ближе, чем объект. В данном случае состязательные формы испытывают определяющее воздействие арбитрального метода правового регулирования, имеющего ярко выраженный межотраслевой характер. Потому большинство крупных состязательных принципов титульно «космополитичны» по отношению к отдельным отраслям права, хотя и «разговаривают в них с местным акцентом». Объект регулирования при воздействии на форму дает о себе знать реже, так как менее прочно с ней связан, но именно он сообщает определение "уголовный" состязательному процессу, а арбитральному методу придает здесь известное своеобразие. Отсюда относительно небольшое количество отраслевых принципов, при том, что их значение в уголовно-процессуальном праве не менее велико, чем у межотраслевых начал. Задача отраслевых, собственно уголовно-процессуальных принципов — юридическими средствами сохранить равновесие сторон при том, что имеет место их фактическое неравенство. Государственная мощь уголовного преследования не оставила бы цивильной защите надежды на победу, сделала бы ее, как говорят немцы, em halbes Nichts — некоторым полуничто, когда бы та не находилась под особой опекой закона, милостиво равняющего шансы сторон.

Баланс сторон достигается за счет введения принципа favor defensionis *(лат.),* то есть преимуществ защиты. Надо сказать, что предпосылки для появления этого правила создаются уже в частно-исковом процессе, ибо favorabiliores rei potius quam actores habentur *(лат.)* — ответчикам, а не истцам оказывается покровительство, ибо для обеспечения равенства сторон ответчик должен быть защищен от неожиданностей. В публичном режиме покровительство закона гарантирует обвиняемого не только от «неожиданностей», но и от вполне предсказуемого давления государственного пресса. Защите предоставляются дополнительные средства, отсутствующие у другой стороны. Вместе с тем следует отметить в известной степени пассивный характер этих средств защиты, которые обычно рассчитаны на использование возможных промахов со стороны обвинения.

К преимуществам защиты относятся следующие положения:

1. Стороне защиты (обвиняемому и защитнику) даются *исключительные права,* которых нет у обвинителя. Так, именно защите обыч-

но предоставляется на судебном следствии право допрашивать свидетелей после обвинителя[1], обвиняемому или подозреваемому принадлежит , так называемая *привилегия* против самообвинения (accusare emo se debet, nisi coram Deo *(лат.)* — никто не обязан обвинять самого себя, разве только перед Богом), право на последнее слово в судебных прениях; обвиняемому всегда, в том числе и при отсутствии у него необходимых средств, может быть оказана квалифицированная юридическая помощь в лице независимого юриста-адвоката; время для свиданий обвиняемого и защитника наедине, а также для ознакомления их с материалами оконченного расследования не ограничено; осуществление защитником своих прав не может быть поставлено в зависимость от совершения обвинителем каких-либо предварительных следственных действий. Напротив, публичный обвинитель вынужден первым «раскрывать карты», что позволяет защите вовремя скорректировать собственную позицию; он ограничен в сроках производства предварительного расследования и вынужден уступать очередность защитнику перед производством следственных действий и т. д.

2. Сам обвинитель в публично-исковом и публично-состязательном (постсостязательном) процессе, особенно на стадии предварительного расследования, связан обязанностью обеспечить обвиняемому возможность защищаться всеми законными способами и средствами, а также охрану его личных и имущественных прав; обязанностью выявлять не только уличающие, но и оправдывающие, не только отягчающие, но и смягчающие ответственность обстоятельства. Образно выражаясь, обвинителю в публичном процессе

[1] Так решен вопрос, например, в ч. 1 ст. 280, ч. 2 ст. 283 УПК РСФСР 1960 г., а также в ст. 328 УПК Франции после изменений, внесенных Законом о реформировании уголовного процесса 1992 г. (Ст. 86). Отметим, что право защиты на последний вопрос в судебном разбирательстве выражено тем сильнее, чем меньше возможностей для вызова свидетелей предоставлено защите законом на предварительном следствии и чем больше дискреционные полномочия судьи по ведению судебного следствия. Эти условия в полной мере демонстрируют уголовно-процессуальные законодательства России и Франции. В англо-американской процессуальной системе, где судебное следствие рассматривается преимущественно как дело сторон, перекрестный допрос всегда начинает та сторона, по ходатайству которой вызван данный свидетель. Промежуточное положение, как всегда, занимает германский УПК, который, с одной стороны, возлагает на суд обязанность активно исследовать все факты и доказательства ex officio (п. 2 § 244), а с другой — представляет право задавать вопросы свидетелю первой той стороне, по ходатайству которой этот свидетель вызван (п. 1 § 239). Можно ли в связи с этим утверждать, что право защиты на последний вопрос — это институт, порожденный не состязательным, а розыскным элементом в смешанном процессе? Полагаем, что нет, ибо это право имеет своей целью восстановление баланса сторон, который так необходим для справедливого состязания. Напротив, его надо рассматривать как состязательное «противоядие» против остаточных примесей розыска. Чем сильнее в судопроизводстве розыскные атавизмы, тем более необходимы исключительные права защиты. Вместе с тем эти права уместны и в «чистом» публично-состязательном производстве, но уже не как противовес розыскному влиянию, а в качестве нормального элемента публичной состязательной системы баланса сил.

предлагается походить на некоего благородного паладина, который дает ослабевшему противнику спасительную передышку и вкладывает в его руку выпавшее было оружие. Это верно для публично-исковой процедуры, постсостязательный процесс тем более не поощряет победу уголовного взыскателя во что бы то ни стало, он видит в обвиняемом не врага, но жертву общественных пороков и вместо lex talionis (закона возмездия) предлагает ему право справедливости. Проще говоря, из принципа favor defensionis вытекает принцип *обеспечения права обвиняемого на защиту*. Этот принцип не фигурирует в частно-исковом процессе в качестве специального правоположения — там достаточно просто *права обвиняемого на защиту,* которое может быть реализовано им самостоятельно или, по крайней мере, с помощью адвоката. Право на защиту, в отличие от его *обеспечения,* не достигает значения особого принципа, так как само по себе существование сторон обвинения и защиты предполагает наличие у них отвечающих их статусу прав. Необходимость в особом, дополнительном принципе *обеспечения* права на защиту появляется лишь тогда, когда идеальная юридическая модель состязательности сталкивается с реальностью: в условиях сильного гражданского общества обнаруживается фактическая несоразмерность сторон государственного уголовного преследования и гражданской защиты. Тогда на государственный орган возлагаются дополнительные обязанности, а у защиты появляются особые права.

3. Преимущества защиты гарантированы, кроме того, определенными принципами, представляющими своего рода автоматические регуляторы, встроенные в процесс и действующие благоприятно для обвиняемого независимо от усмотрения сторон. Это прежде всего правило о толковании сомнений в пользу обвиняемого и презумпция невиновности.

5. Институционные принципы уголовного процесса

Это идеи, положенные в основу тех или иных процессуальных институтов. Если отдельные нормы — это рядовые «солдаты» процесса, а принципы — «офицерский состав», тогда общеправовые начала — «генералитет», межотраслевые — «полковники», отраслевые — «майоры». Институционные же принципы — это «лейтенанты» судопроизводства. Они действуют лишь в рамках специального «звания», не выходя за пределы своего института. Однако это полноценные принципы, они производны от более высоких состязательных начал и так же, как все прочие процессуальные максимы, представляют собой реакцию судебной формы на разнообразие окружающей социальной среды. Несмотря на то, что они малы, в каждом заключен состязательный «ген», и, глядя на них, можно сказать: «По ноге узнаем Геркулеса».

Назовем, к примеру, принцип «почвы», определяющий действие уголовно-процессуального закона в пространстве. Согласно ему при производстве по уголовному делу на территории суверенного государства, независимо от места совершения преступления, применяется процессуальный закон этого государства. Majus jus nostrum quam jus alienum servemus *(лат.)* — мы подчиняемся законам своей, а не другой страны. На первый взгляд, он не имеет прямого отношения к состязательности, а целиком определяется панправовьщ принципом суверенитета. Однако практически при производстве по уголовным делам речь никогда не идет о полной замене внутреннего законодательства иностранным. Проблемы обычно возникают тогда, когда отдельные участники процесса, некоторые процессуальные действия или доказательства подпадают под двойную законодательную регламентацию (вопросы выдачи, производства следственных действий за границей, приобщения к делу доказательств из иностранных судов и т. д.). При этом принцип «почвы» помимо суверенитета оберегает в процессе и состязательное равенство сторон — ведь если те будут руководствоваться при производстве по одному и тому же делу различными законодательствами, а значит и разным объемом прав и гарантий, они могут попасть в неравное положение.

Здесь, кстати, лежит, на наш взгляд, ключ к решению вопроса о том, допустимы ли в процессе доказательства, в особенности протоколы следственных действий, полученные из иностранных судов. Вопрос этот имеет большое практическое значение. Подобные материалы могут обладать высокой информационной ценностью, однако их использование в национальном судопроизводстве порождает и ряд серьезных процессуальных последствий. В частности, признание иностранного протокола допроса свидетеля таким же видом доказательства в национальном процессе порождает обязанность суда очно допросить этого свидетеля в силу принципа непосредственности исследования доказательств, что порой сопряжено со значительными организационными трудностями (увеличение сроков судебного разбирательства, рост судебных издержек, предоставление иностранным свидетелям ряда привилегий в обмен на согласие прибыть для дачи показаний и т. д.). Не признать протоколы следственных действий, произведенных иностранными органами, в качестве доказательств исходя лишь из соображений государственного суверенитета было бы невозможно с точки зрения международного права. Это не согласуется с общепризнанным принципом солидарности государств в борьбе с нарушениями правопорядка, защите прав и свобод человека.[1] С другой стороны, использование чуждых юридических

[1] Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН от 24 октября 1970 г.; Разд. VII, IX Заключительного Акта Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1 августа 1975 г. и др. (См.: Действующее международное право. В 3 т. Т. 1. М., 1996. С. 70, 77—78).

форм означало бы отступление от состязательного принципа равенства сторон, а также общеправового начала равенства всех граждан перед законом и судом. Следственные действия в отношении всех участников процесса должны проводиться по единым правилам, которые им заранее известны. Остаются только два способа решения проблемы. Первый — *процессуальная адаптация.* Иностранные протоколы могут приобщаться к делу в такой юридической форме, которая не противоречит требованиям национального права: например, в виде *иных документов,* предусмотренных ст. 88 УПК РСФСР 1960 г. Второй способ — выработка международно-правовых стандартов производства следственных действий, протоколы которых тогда смогут использоваться в этом же качестве в судах других государств. В перспективе этот путь предпочтителен, поскольку процессуальная адаптация всегда ведет к упрощению процессуальной формы, делает невостребованными и как бы необязательными те процессуальные гарантии, которыми сопровождается получение доказательств в ходе следственных действий.

Важнейшими институционными принципами являются также правило о *недопустимости поворота обвинения к худшему,* находящееся в орбите принципа поп bis in idem; *свобода обжалования судебных решений* — неизменный спутник принципа обеспечения каждому доступа к правосудию; гарантирующий независимость суда принцип *«правдой владеет присяжный»,* согласно которому судьи решают вопросы применения права, присяжные — вопрос виновности, принцип обычной, или естественной, подсудности и многие другие.

Раздел III

РОЗЫСКНОЙ ТИП УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Глава 1

ПОНЯТИЕ РОЗЫСКНОГО ПРОЦЕССА И ЕГО ЮРИДИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ

Розыскной процесс это такой порядок производства, когда функции уголовного преследования, защиты и функция принятия решений по делу — судебная, или юстиции, — сливаются в деятельности одного государственного органа. Он сам возбуждает уголовное преследование, расследует обстоятельства дела, собирает доказательства, заботится о мерах по обеспечению законных интересов лиц, участвующих в производстве, и принимает решения по делу. Поэтому самостоятельные *стороны* обвинения и защиты здесь не нужны. Коль скоро нет обвинителя, то не существует, как такового, обвинения и обвиняемого. Вместо них имеется объект исследования — *подследственный*. Орган расследования *неравен* подследственному, который для него не субъект правоотношений, а лишь объект управления. Из-за отсутствия сторон не имеет юридического значения и *спор* о предмете дела — двигателем процесса является не он, а безличная *воля, веления закона*. Подобный порядок не содержит достаточных гарантий для защиты интересов подследственного, так как эта задача возложена, по существу, на его процессуального противника — уголовного преследователя. Розыскной процесс есть применение к производству по уголовным делам *административного метода* правового регулирования (метода власти — подчинения).

Глава 2

ВИДЫ РОЗЫСКНОГО ПРОЦЕССА И ИХ СОЦИАЛЬНО-ПОЛИТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ

§ 1. УГОЛОВНАЯ РАСПРАВА

Уголовная *расправа* — первая и элементарная разновидность розыска. Судья здесь — не только орган уголовного преследования, но и орган государственного управления. Процессуальная деятельность не отделена от административной, судебная процедура неразвита. Большую роль играет усмотрение судей, формальная система доказательств отсутствует.

Расправа применяется там, где доказывание либо вообще излишне, либо потребность в нем невелика и оно вследствие этого находится в зачаточном состоянии. Из истории можно извлечь следующие его формы.

1. Общинное дознание

Чаще всего это форма суда в небольших, относительно замкнутых общинах с традиционной организацией. Типичным примером могут служить известные из истории раннеземледельческие общества, полисы-государства, непосредственно вырастающие из родоплеменного строя.[1] Ранее такой судебный порядок мы уже назвали общинным дознанием. Судом здесь обычно является собрание всех или некоторых членов общины (народное собрание, коллегия старейшин, жрецов и т.д.). Заседание суда происходит открыто. Преследование начинается безо всякого формального обвинения — поводом для него служит молва, донос или просто усмотрение самих судей. Обвинитель отсутствует, ибо все преступления внутри небольшого полиса практически очевидны. По той же причине, как правило, нет нужды и в доказательствах. Судопроизводство сводится к решению вопроса, какое наказание назначить виновному. Однако в спорных случаях применяются опрос подсудимого с целью получить от него признание, ордалии или показания под присягой. Характерной чертой является крайняя формальность всей процедуры, которая тесно связана с сакральными представлениями: отправлением культа и колдовством, причем соблюдению процедуры часто придается большее значение, чем самому правосудию. Формальность отличает общинное дознание от всех прочих видов уголовной расправы.

[1] См.: Теория государства и права. Часть I. Теория государства. С. 25–31.

Известный пример подобного судилища — евангельский Синедрион. Этот верховный суд Иудеи состоял из священников, старейшин и книжников. Сам суд являлся обвинителем: «Первосвященники же и *весь синедрион искали* (курсив мой. — А. С.) свидетельства на Иисуса, чтобы предать его смерти; и не находили», — говорится в Евангелии от Марка (14,55). И хотя суд выслушивает ряд свидетелей, их показания не были найдены им достаточными без признания самого подсудимого. И только после того, как Иисус подтверждает, что он Сын Божий, Синедрион выносит приговор: «Они же сказали: какое еще нужно нам свидетельство? ибо мы сами слышали из уст Его» (Евангелие от Луки, 22, 71). Интересно отметить, что многие из членов Синедриона прежде являлись очевидцами проповедей Христа (Евангелие от Луки, 20,1; 22,1 и др.), так что весь процесс являлся для них не средством выяснения фактов, а лишь инструментом осуждения. Вся процедура в Синедрионе имеет формально-сакральный характер. Так, допрос подсудимого первосвященником предваряется неким магическим ритуалом, призванным вызвать подсудимого на откровенность. «И первосвященник сказал Ему: заклинаю тебя Богом живым, скажи нам, Ты ли Христос, Сын Божий» (Евангелие от Матфея, 26, 63). Тем не менее суд Синедриона происходит гласно, что подтверждается свободным доступом на его заседание: «Петр же следовал за Ним (то есть арестованным Иисусом. — А. С.) издали, до двора первосвященикова; и, войдя внутрь, сел со служителями, чтобы видеть конец» (Евангелие от Матфея, 26, 58).

Современный аналог общинного дознания можно обнаружить при дисциплинарном производстве о проступках внутри корпораций (вынесение администрацией вопроса о проступке на комиссию по трудовым спорам или профсоюзный комитет и т. д.).

2. Вотчинный суд

Это суд землевладельца, пользующегося правом судебного иммунитета, над лично зависимым населением. Было бы не вполне точно отождествлять его с сеньориальным судом. Суд сеньора в феодальной Европе мог быть и «судом равных», где применялись состязательные обвинительные процедуры. Вотчинный суд производился не над вассалами, а над несвободными и полусвободными лицами, подвластными землевладельцу. Обвинитель отсутствовал, а процесс начинался по доносу или усмотрению судьи. Однако вотчинный суд, несмотря на отдельные эксцессы, не всегда являлся устрашающей, пыточной процедурой, как обычно полагают.[1] По крайней мере, в Западной Европе он был неотъемлемой частью феодальной системы, где отношения сословий имели патримониальную форму, связанную с понятиями «дара — отдара», «долга», «верности», отеческо-сыновней фразеологией.[2] Европейский феодализм возник из отношений всеобщей зависимости, и поэтому у всех субъектов феодальных отношений, включая крепостных, были не только обязанности, но и

[1] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 197.

[2] См.: История Востока. В VI т. Т. П. Восток в Средние века. М., 1995. С. 605—606.

права.[1] Регулятором их был обычай, и нарушение его как крепостным, так и феодалом рассматривалось в качестве преступления и повода для отказа в повиновении.[2] Вотчинный процесс также не был совершенно произвольной процедурой, а следовал обычаю. Вместе с тем не следует отождествлять вотчинный процесс только с европейским феодальным судом. Система условных земельных пожалований с предоставлением их держателю судебных прерогатив в отношении податного населения была известна и на средневековом Востоке (авалаган у раджпутов в Индии, прония в Византии, хассы и зеаметы в Османской империи и т.д.)-[3] Однако восточный «вотчинный» суд лишен налета патримониальности. Все права находились здесь у держателя лена, а обязанности лежали на зависимом податном населении. Он приближается к следующей разновидности розыскного судопроизводства — уголовно-административной расправе, производной формой от которой, по сути, является восточный «вотчинный» суд. Вместе с тем следует иметь в виду, что в мусульманских странах и Южной Азии, там, где господствовало религиозное право, судебные функции зачастую находились в руках профессиональных судей — кади и общинных органов — панчаятов.[4] В них производство велось по состязательному обвинительному сценарию либо в форме общинного дознания.

3. Уголовно-административная расправа

В отличие от сакрального общинного дознания и патримониального вотчинного суда, уголовно-административная расправа основана, как правило, на административном методе управления, предполагающем непосредственное усмотрение правоприменителя. Осуществляется в отношении всего населения гражданской или военной администрацией либо специальным полицейским органом. Типична для централизованных деспотических государств, жестких оккупационных режимов, может использоваться также в качестве средства революционного террора. Процедура произвольна и скоротечна. Доказывание обычно ограничивается допросом подсудимого и свидетелей. Таков, например, суд наместников (praesidio) римских провинций. Наместник Иудеи Понтий Пилат вершит суд на каменном помосте, именуемом Лифостротон, чем, собственно, и исчерпывается здесь вся процедурная часть. Ничем иным, как формой уголовно-ад-

[1] См. там же, с. 606, 610.

[2] Пример этого дан в пьесе Лопе де Вега «Овечий источник», когда испанские крестьяне в ответ на попрание феодалом обычая расправляются с ним, и суд оправдывает их.

[3] См.: История Востока. Т. И. Восток в Средние века. С. 134, 141, 500.

[4] См. там же, с. 617.

министративной расправы, являлся в советской России суд Всероссийской чрезвычайной комиссии (ВЧК), «судебные тройки» и «особые совещания» 30-х годов. Несколько нетипичным примером данной разновидности розыска может служить компетенция римских народных трибунов, которые в случае неподчинения могли привлечь к ответственности любого гражданина, в том числе даже консула, подвергнув его аресту, и тут же с участием двух эдилов приговорить к наказанию, вплоть до смертной казни.[1] Особенностью этой формы уголовно-административной расправы являлось то, что трибуны действовали на основе так называемых leges sacratae *(лат.)* — священных законов, — предусматривающих смертную казнь для тех, кто их нарушит, но и связывающих самих трибунов. По выражению Цицерона, трибуны были «закованы в цепи священных законов».[2]

4. Военно-полевой суд

Это чрезвычайная судебная процедура в действующей армии, находящейся в походно-боевых условиях, когда предварительное расследование и собирание доказательств не проводятся из-за нехватки времени и опасности со стороны противника. Ее необходимо отличать от военного судопроизводства вообще, которое может иметь другие, в том числе состязательные, формыцРазбирательство в военно-полевом суде проводится судьями, частО*Йязначаемыми ad hoc из числа офицеров, в отсутствие прокурора и защитника. Виновность подсудимого практически не доказывается. Вместо доказательств используется фактическая презумпция, связывающая виновность с некоторыми особыми обстоятельствами, такими, например, как задержание подозреваемого в тылу, отсутствие при нем оружия и даже проявление в бою малодушия другими членами того же воинского подразделения (при децимации, то есть казни одного из десяти человек проштрафившегося подразделения в римской и некоторых других армиях). Все доказывание сводится в лучшем случае к формальному допросу подсудимого, после чего следует вынесение решения и немедленное исполнение наказания, чаще всего смертной казни. Подобный вид расправы создает наибольшую угрозу правам человека, ибо суд интересует не истина, а устрашение малодушных или подавление беспорядков. Великолепной иллюстрацией этого может служить сцена военно-полевого суда времен первой мировой войны, описанная Эрнестом Хемингуэем в романе «Прощай оружие!»

«Четверо офицеров стояли рядом, и перед ними, между двумя карабинерами, какой-то человек. Немного дальше группа людей под охраной карабинеров ожидала

[1] См.: *Чепцое-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 138.

[2] *Кофанов Л. Л.* Создание трибуната: изначальная идея трибунской власти // Древнее право. 1996. № 1, с. 72—73.

допроса. Еще четыре карабинера стояли возле допрашивающих офицеров, опершись на свои карабины... Двое, которые меня привели, подтолкнули меня к группе, ожидавшей допроса. Я посмотрел на человека, которого допрашивали. Это был маленький толстый седой подполковник, взятый в колонне. Офицеры вели допрос со всей деловитостью, холодностью и самообладанием итальянцев, которые стреляют, не опасаясь ответных выстрелов.

— Какой бригады?

Он сказал.

— Какого полка?

Он сказал.

— Вам известно, что офицер всегда должен находиться при своей части?

Ему было известно.

Больше вопросов не было. Заговорил другой офицер.

— Из-за вас и подобных вам варвары вторглись в священные пределы отечества.

— Позвольте, — сказал подполковник.

— Предательство, подобное вашему, отняло у нас плоды победы.

— Вам когда-нибудь случалось отступать? — спросил подполковник.

— Итальянцы не должны отступать...

— Если вы намерены расстрелять меня, — сказал подполковник, — прошу вас, расстреляйте сразу, без дальнейшего допроса. Этот допрос нелеп. — Он перекрестился. Офицеры заговорили между собой. Один написал что-то на листке блокнота.

— Бросил свою часть, подлежит расстрелу, — сказал он.

Два карабинера повели подполковника к берегу... *Я* не смотрел, как его расстреливали, но я слышал залп. Они уже допрашивали следующего. Это тоже был офицер, отбившийся от своей части. Ему не разрешили дать объяснения. Он плакал, когда читали приговор, написанный на листке из блокнота, и они уже допрашивали следующего, когда его расстреливали. Они все время спешили заняться допросом следующего, пока только что допрошенного расстреливали у реки. Таким образом, было совершенно ясно, что они тут уже ничего не могут поделать... Это все были молодые люди, и они спасали родину».[1]

Как видим, военное управление, уголовное преследование, суд соединены здесь воедино, все это замешано на страхе и брошено в кипящий котел войны. Более гремучую смесь нельзя и вообразить. Полевой суд даже не может считаться правосудием, ибо, как известно, silent leges inter arma (лат.) — законы молчат среди оружия. Он еще может быть как-то оправдан в качестве формы проявления крайней необходимости в критических военных условиях. Но абсолютно недопустимо и особенно опасно применение военно-полевого судилища в отношении гражданского населения. Так, например, в Положении о военно-полевых судах от 19 августа 1906 г., принятом в России в период первой русской революции, говорилось: «В тех случаях, когда учинение лицом гражданского ведомства преступного деяния является настолько очевидным, что нет надобности в его расследовании, предавать обвиняемого военно-полевому суду, с применением в подлежащих случаях наказания по законам военного времени». За первые же восемь месяцев действия военно-полевые суды приговорили к смерт-

Хемингуэй Э. Прощай оружие! Рассказы. М., 1977. С. 149—150.

ной казни 1102 человек.[1] Хорошо известно, какие семена посеяла первая русская революция, и не в последнюю очередь благодаря пагубному увлечению правительства военно-полевыми судами, применение которых в отношении гражданского населения в дальнейшем не раз дало повод припомнить режиму «столыпинский галстук».

§ 2. АССИЗА

Ассиза (от позднелат. assisae) означает собрание, заседание. Она непосредственно примыкает к общинному дознанию, но отличается от него прежде всего тем, что в суде уже присутствует не только местный (общинный) элемент, но и представительство центральной власти. Ассиза, таким образом, является компромиссом между общинным дознанием и административной расправой. Эту разновидность уголовной расправы иногда еще называют предъявительным, или обвинительным жюри,[2] хотя применение в данном случае слова «жюри», как будет показано ниже, не совсем точно. Суть процедуры состояла в том, что «добрые мужи», представляющие общину, встречали приезжающих из центра судей и объявляли под присягой обо всех преступлениях, совершенных на территории общины и о подозреваемых в них лицах. Для этого, как и при общинном дознании, доказательства были не обязательны, достаточно было молвы. Вопрос о виновности обычно решался путем применения ордалий, но не поединка,[3] который долго сохранялся в параллельном обвинительном суде (appeal в Англии и т. п.). Опыт использования «присяжных, говорящих истину» известен со времен Карла Великого. После распада его империи и ослабления центральной власти он был утрачен. Датские и исландские тинги VII—X вв. весьма напоминали по характеру своей судебной деятельности ассизу.[4] Вместе с норманнами эта форма попала во Францию, Англию и, возможно, в Россию. В Англии первые сведения о подобном суде относятся к эпохе датской экспансии против англосаксов (IX—XI вв.). После нормандского завоевания применение ассиз сделалось еще более регулярным — сначала для разрешения земельных тяжб, а при Генрихе II Плантагенете, с при-

[1] См.: *Полянский Н. Н.* Эпопея военно-полевых судов. М, 1934.

[2] См.: *Арчер П.* Английская судебная система. М., 1959. С. 184—185.

[3] Перспектива битвы сразу с двенадцатью присяжными-обвинителями, по-видимому, не воодушевляла подсудимых. Но и засвидетельствовать виновность сами члены ассизы также не могли, так как часто заявляли не то, что они лично видели, а то, что сообщала молва. Поэтому наиболее приемлемым способом для ассизы некоторое время оставались ордалии, особенно в Англии, где у местного англосаксонского населения поединки были не в чести.

[4] См.: *Кондратчик А. Л.* Английский суд присяжных: исторические корни и эволюция // Советское государство и право. 1991. № 6. С. 134.

нятием Кларендонских конституций 1166 г., — ив уголовном процессе. Первоначально процедура разрешения дел через местных людей называлась вполне на розыскной манер inquisitio, или исследование, — в империи франков и recognatio,[1] то есть раскрытие, дознание — в Англии, где она одновременно именовалась еще и ассизой (assize) и только позднее, с переходом к решению вопроса о виновности посредством вердикта присяжных,[2] получила название jury. Это нашло отражение в максиме: «Assisa vertitur in juratam» *(лат.)* — ассиза превращается в жюри. Итак, ассизу не вполне корректно отождествлять с жюри, так как в последнем присяжные из обвинителей превращаются в судей, а процесс благодаря этому поворачивается лицом к состязательности. Именно ассизы через жюри выросли впоследствии в английский суд присяжных. В России формой, весьма напоминающей ассизу, являлся, в частности, сыск с применением так называемого повального обыска, то есть опроса судьями-обыщиками многих местных людей по поводу виновности обвиняемого (ст. 160 - 166 главы X Соборного Уложения 1649 г.).

В настоящее время остатки ассизы можно обнаружить в институте *большого жюри* (grand jury) в процессе английского морфологического типа, которое может осуществлять публичное обвинение — presentment, то есть «непосредственно без предварительного исследования и жалобы, предать обвиняемого суду за лично известное ему преступление».[3]

§ 3. ИНКВИЗИЦИОННЫЙ ПРОЦЕСС

Хотя латинский термин «inquisitio» в переводе означает «исследование», а значит, *этимологически* близок понятию «розыск», *семантически* понятие «инквизиционный процесс» ассоциируется с наиболее одиозной исторической разновидностью европейского розыскного процесса XV—XVI вв., периода становления абсолютизма.[4] Имея общий для любого розыскного порядка признак — слияние

[1] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса.... с. 174, 310.

[2] Формально после принятия в 1215 г. Великой Хартии Вольностей, но практически лишь с последней четверти XIII в. при короле Эдуарде I, этом «английском Юстиниане».

[3] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 28. В настоящее время в Англии большое жюри вышло из употребления, но сохраняется лишь в некоторых штатах США.

[4] Не следует отождествлять инквизиционный вид розыскного процесса с судом монашеской инквизиции по делам о ересях, который стал применяться с 1227 г. при папе Григории IX. Суд Святой инквизиции был лишь одним, хотя и самым мрачным, из проявлений инквизиционного процесса.

функций уголовного преследования и юстиции в единую функцию розыска, *инквизиционная* процедура отличается от уголовно-административной расправы. Во-первых, тем, что суд отделен от администрации, но, с другой стороны, и ответственен перед ней. Благодаря этому верховная государственная власть может публично спросить с судей за неправильные решения, сама оставаясь незапятнанной. Однако функция розыска остается недифференцированной, то есть предварительного судебного следствия еще не существует, а все вопросы решаются непосредственно в судебном разбирательстве при полном составе суда. В этом еще видна историческая связь такого процесса с обвинительным порядком. Отсюда же остатки былой *открытости* судопроизводства, которое хотя и не может быть названо гласным, но все-таки допускает участие частного истца (челобитчика), присутствие в судебном заседании подсудимого, а иногда наличие в составе суда народного элемента в лице заседателей-шеффенов, и непосредственность исследования доказательств. Во-вторых, инквизиционный процесс в отличие от расправы законодательно достаточно подробно урегулирован. Это качество также изначально вытекает из первого признака — отделения суда от верховной власти, которая в период исполнения судебных функций не стесняла себя никакими регламентами, но, уйдя из суда, оставила взамен инструкцию-закон. Усмотрение судьи сводится к минимуму, а его действия определяются нормативными правилами. Господствует формальная (легальная) система доказательств в ее наиболее грубом и суровом обличий, ибо за основу доказывания принимается признание подсудимого, полученное под пыткой. Это пыточное доказывание в России весьма красноречиво называли «вымучиванием».- Особая ценность признания под пыткой, этой «победительницы невиновности» (Ч. Беккариа), признается во всех инквизиционных законах. Если после пытки обвиняемый отказывался от своих показаний, вырванному у него признанию все же отдавалось предпочтение. Подобную разновидность формальной системы доказывания еще именуют *позитивной* на том основании, что при наличии доказательств определенного вида (так называемое «полное» доказательство, коим обычно и является признание под пыткой) вопрос о виновности должен быть обязательно разрешен положительно. Если же отсутствует «полное» доказательство, но имеется набор иных, «неполных» доказательств виновности, подсудимого все равно могут осудить, хотя, как правило, менее строго. Иначе говоря, все сомнения в таком процессе толкуются в пользу вывода о виновности. Позитивная система не является неизбежным следствием пыточного характера процесса, как это на первый взгляд можно предположить. Ведь из того факта, что под пыткой редко лгут, вовсе не вытекает, что не сознавшегося, несмотря на истязания, подсудимого надо все равно осудить. Напротив, логичен как раз противоположный вывод: если и

под пыткой человек не признался, он, скорее всего, невиновен. Более вероятно, на наш взгляд, другое объяснение позитивной системы доказывания. Оно состоит в том, что эта система явилась атавизмом обвинительного порядка судопроизводства, в котором бремя доказывания лежало на обеих сторонах и обвиняемый, не сумевший полностью опровергнуть доказательства своей виновности, подлежал осуждению. Именно поэтому «неполные» доказательства все же годились здесь для обвинительного приговора.

Как и его коллега в обвинительном процессе, при инквизиционном порядке судья является в основном регистратором событий. Однако, в отличие от обвинительного, инквизиционный суд — не нейтральный наблюдатель, а орудие единой публичной политики, проводимой в законе. Когда такой судья регистрирует факты, его пером движет не случай, а «длань государева». Поэтому инквизиционный процесс есть *политическая* разновидность розыска. Его историческая миссия состояла в укреплении средствами юстиции централизованного государства, сменяющего устаревшую феодальную систему. Инквизиционный процесс исторически зафиксирован лишь в Европе, Азия же всегда довольствовалась в сфере розыскного процесса уголовной расправой. Инквизиционное нормотворчество может быть, с определенными оговорками, представлено ордонансом французского короля Людовика XII (1498 г.) и эдиктом Франциска I (1539 г.), Уголовно-судебным уложением «Священной Римской империи германской нации» (Каролина), принятом в 1532 г. В России источником норм судопроизводства, наиболее близкого к инквизиционному, явилось петровское «Краткое изображение процессов или судебных тяжеб» (1715 г.). Оно обнаруживает большее сходство с Каролиной (наличие истца и ответчика, непосредственность исследования доказательств, применение пытки и т. д.), чем с законодательными актами «просвещенного века». Что касается более ранних актов XVI—XVII вв., то они, вопреки бытующему мнению,[1] фиксируют не инквизиционный розыск, а более ранние его модификации, такие как уголовно-административная расправа и ассиза («сыск» через губных старост и наместников по Судебнику 1550 г., «обыщиков» по Соборному уложению 1649 г.).

§ 4. СЛЕДСТВЕННЫЙ ПРОЦЕСС

Следственный процесс можно охарактеризовать как бюрократический вид розыскного судопроизводства. Рациональность, безлич-

[1] См., например: Курс советского уголовного процесса. Общая часть. М., 1989. С. 381.

ность, строгая регламентированность процедуры, преобладание формы над содержанием, ограниченность ответственности — все эти признаки бюрократии в полной мере присущи такому порядку производства. В нем впервые в истории уголовного процесса появляется предварительное следствие как способ рационализации подготовки дел для судебного заседания[1] (отсюда название — *следственный)*. Предварительную подготовку дела ведет один из членов суда, выступающий при этом в роли *следственного судьи*. Он в качестве полномочного представителя суда выполняет все необходимые следственные действия. Ввиду этого суд в последующем заседании получает возможность разрешать дело не только без вызова свидетелей, но и в отсутствие самого подследственного. Это порождает бумажность, письменность, безличность судебной процедуры, опосредованность исследования доказательств. В то же время пытка в следственном процессе, исторически приходящемся в Европе на период просвещенного абсолютизма, упраздняется, что сильно осложняет формальное доказывание. Следственный процесс тщетно пытался закрыть эту брешь путем детальной регламентации доказательств, введения их подробнейшей классификации по юридической силе и значению. Закон и труды ученых-юристов, в которых получает развитие формальная доказательственная система, кажется, намерены охватить ее казуистическими путами все мыслимые жизненные *ситуации*. Можно сказать, что легальная система доказательств была для следственного процесса своего рода «магическим кристаллом», с помощью которого он пытался открыть истину правосудия. Этот вид процесса был продуктом «разумного века», верившего в возможность построения миропорядка, управляемого единственно просвещенной волей.[2] Однако материальная истина ускользала из суда, ибо поставленная задача — a priori учесть все возможные варианты познания в такой сложной и многогранной сфере, как правосудие, была для него совершенно непосильной. Поэтому фактически вместо материальной истины следственный суд вынужден был довольствоваться истиной формальной. Из регистратора полученных под пыткой фактов (каковым был его инквизиционный предшественник) он превращался в счетчика, складывающего дроби неполных доказательств для получения доказательства полного. Однако при этом следственный суд не нес никакой ответственности за результаты этих арифметических упражнений. Если при сложении дробей у него по-

[1] Это нововведение усваивается затем публично-исковым процессом, который был бы невозможен без опыта своего следственного предшественника.

[2] Бурное развитие теории формальных доказательств на доктринальном уровне началось несколько раньше. Ее родоначальниками считаются итальянские юристы XVI—XVII вв. Кларус и Фаринаций. Однако теоретические изыскания в этой области получили санкцию закона в основном в XVIII—начале XIX в.

лучалась единица — хорошо, нет — еще лучше. В последнем случае подозреваемого положено было оправдывать (так называемая *негативная* система формальных доказательств).[1]

Следственный процесс осуществлялся по твердым и досконально разработанным правилам, а за личностью в нем признавались некоторые права (например, на участие в ходе производства по делу сословных представителей и т. п.). Он отражал уже не только интересы государства, но и потребности гражданского общества, нарождающегося под опекой просвещенного абсолютизма, — прежде всего в стабильности и предсказуемости правоотношений.[2] Следственный процесс объективно подготовляет почву для перехода к публично-исковой состязательности.

В числе законодательных памятников этой разновидности розыскного судопроизводства следует, в первую очередь, назвать немецкие и австрийские уставы XVIII — начала XIX вв., в частности баварское уложение 1813 г. — труд Ансельма Фейербаха. В России их примеру следовал Свод узаконений Российской империи 1832, 1842, 1857 гг. издания (2 кн. XV тома). Промежуточное положение между инквизиционным и следственным процессами занимает Большой уголовный ордонанс Людовика XIV во Франции (1670 г.), который уже предусматривал предварительное следствие, но сохранял еще позитивную систему доказательств, а также применение пытки.

§ 5. СУДЕБНЫЙ ПРИКАЗ

Этот термин мы применяем для обозначения современной формы существования розыскного производства. Сфера ее применения ограничена делами о правонарушениях, не представляющих большой общественной опасности, то есть об уголовных проступках, и не охваты-

[1] Иногда различие позитивной и негативной систем формальных доказательств усматривается в том, что позитивная система заботилась, чтобы при наличии доказательств «наперед определенного вида и числа постановлять обвинительный приговор», а отрицательная — чтобы при отсутствии таких доказательств этого не случалось (см.: *Фойницкий И.Я.* Курс головного судопроизводства. Т. II. С. 181). В этом утверждении, несколько неточно расставлены акценты. Негативная система, так же, как и позитивная, требовала безусловного осуждения при «полном» доказательстве, и в этом главном признаке они не расходились. Основное их различие таково — позитивная система, в отличие от негативной, *разрешала* суду осудить при *неполной доказанности* виновности и тем самым возлагала *бремя доказывания* на подсудимого. Так, например, в ст. XXXIX Каролины прямо указывалось, что если подозреваемые в разбое лица не смогут доказать, что имеют законные средства к существованию, то «...таких плутов должно не жалеючи хватать, допрашивать с пристрастием и сурово карать за их преступления».

[2] Вместе с тем защищенность личности в следственном процессе не следует переоценивать. Его символом может служить описанный Гоголем уездный суд, где над шкафом с законами красуется арапник.

вает производство о преступлениях. Это периферия уголовного судопроизводства, граничащая с административным процессом, поэтому применение административного метода регулирования, характерного для процедур розыскного типа, здесь уместно и целесообразно. Отличительным признаком *судебного приказа* является его подчиненное положение по отношению к состязательности. Он применяется лишь при согласии на то обвиняемого, в качестве *добровольной* альтернативы состязательному разбирательству, что является гарантией против ущемления прав личности. При отказе обвиняемого от этой процедуры применяется обычное производство с состязательной составляющей. Таким образом, судебный приказ — это особая форма розыска, которую можно охарактеризовать как «свернутую» состязательность. Судебный приказ — разновидность ускоренного и упрощенного, или *целерантного* (от *лат.* celerantes — быстрый, стремительный), судопроизводства наряду с непосредственным вызовом обвиняемого в суд и суммарным производством. Это наиболее простая форма, причем простота достигается именно за счет применения розыскных начал. Сущность производства в порядке судебного приказа состоит в том, что судья в условиях очевиднбсти, по представленным материалам, без вызова сторон и свидетелей, рассматривает дело об уголовном деликте и выносит решение (приказ), которое становится обязательным для исполнения лишь после того, как с ним согласится обвиняемый. В противном случае приказ уничтожается и используется обычная состязательная процедура. Розыскной элемент проявляется здесь в том, что вся процедура осуществляется самим судом, без участия сторон.

§ 6. СИСТЕМА ПРИНЦИПОВ РОЗЫСКНОГО ПРОЦЕССА

Ранее мы говорили о том, что оба идеальных типа процесса — и состязательный и розыскной — имеют свои системы принципов, диаметрально отличающиеся друг от друга. Были рассмотрены принципы состязательного судопроизводства, причем за основу анализа принята система принципов публично-искового и постсостязательного видов процесса как наиболее зрелых воплощений состязательной идеи. По этому же методу мы будем исследовать и систему принципов розыскных. Что же является венцом розыскного типа? Послушаем, что говорил по этому поводу Ю. Глазер:

«Как ни велико, по виду, различие между процессом Каролины и тем устройством его, которое принято уголовным судопроизводством, например в австрийском уголовном законе 1803 г., баварском 1813 г., в последнем получили господство в более развитом, очищенном, сознательном виде те самые начала, которые в Каролине только еще начали пробиваться в виде чего-то неясного, непонятного и только терпимого».

Глазер Ю. Руководство по уголовному судопроизводству, с. 80.

Действительно, в следственном процессе начала XIX в. розыскной тип достиг своей зрелости. Инквизиционное производство, как было показано выше, еще оглядывается на обвинительный порядок, еще окутано тенью сакрального, а оправдание своей жестокой простоте находит в патримониальном подходе к регулированию отношений, в абсолютной «отцовской власти» (patria potestas) государства над своими подданными. В следственном процессе окончательно торжествует светский *административный метод* правового регулирования, образующий юридическую душу розыска. Однако зрелость не абстрактное понятие, она может проявляться лишь по отношению к чему-то, в данном случае к следующей, более социализированной форме судопроизводства (если, конечно, стоять на почве прогрессистского мировоззрения). Объективно подготавливая переход к публичной состязательности, следственный розыск тем самым демонстрирует свою зрелость. Поэтому принципы следственной процедуры можно рассматривать как завершенную систему принципов процесса розыскного типа в целом, ибо в них получает развитие все «неясное и непонятое», то, что лишь проклевывалось в более молодых его видах и формах. Вместе с тем отдельные принципы розыска сильнее проявляются в ранних видах, а в следственном процессе лишь приобретают утонченную и системную форму. Поэтому, говоря о принципах розыскного типа процесса, мы будем прибегать в основном к следственной его разновидности, не отказываясь там, где это уместно, и от примеров из инквизиционного и иных видов розыскного судопроизводства.

Розыскной процесс руководствуется прежде всего фундаментальным принципом *единства*. Его можно считать отраслевым для уголовного судопроизводства данного типа и отчасти даже межотраслевым началом, учитывая, что розыскные элементы, утвердившись в уголовной юстиции, имеют тенденцию проникать и в сферу гражданского судопроизводства.[1] Начало *единства* предполагает прежде всего нерасчлененность функций уголовного преследования и юстиции, которые слиты в новый «сплав» — процессуальную функцию расследования (розыска). Последняя не сводится к механической сумме функций обвинения, защиты и юстиции — она их просто «проглатывает», образуя новую качественную определенность. Можно говорить лишь о *задачах* уголовного преследования, защиты и разрешения дела, сосредоточенных в руках розыскного органа. Однако применение к розыскному процессу понятия функции все же продолжает быть правомерным, так как главная заповедь функций

[1] Так, например, «Краткое изображение процессов» 1716 г., вводившее в России инквизиционный процесс западного образца, распространяло свое действие и на дела об имущественных спорах (См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 713).

действует и здесь — смешение запрещено! Функция расследования не может смешиваться с функцией содействия расследованию (других здесь нет), а если это все-таки происходит, следователь подлежит отводу. Он поэтому не может быть ни свидетелем, ни экспертом, что в общем-то не возбраняется в процессе состязательном, — разумеется, если уголовный преследователь, свидетель и эксперт на одной стороне. Так проявляется единство в инквизиционном и следственном видах розыскного производства. Уголовно-административная расправа как наиболее примитивная и наименее дифференцированная разновидность розыска проникнута началом единства еще глубже. К нерасчлененности обвинительных и судебных функций здесь прибавляется синкретическое сочетание государственно-управленческих и судебных полномочий в руках одного властного субъекта. С другой стороны, инквизиционный и особенно следственный виды процесса с лихвой компенсируют свой «недостаток» тем, что принцип единства обретает здесь изощренную форму *инстанционности*. Будучи результатом административного взгляда на судопроизводство, розыскной процесс подменяет началом инстанционности *независимость* суда. Инстанционность предполагает существование системы подчиненных друг другу звеньев — государственных органов, где все дела рассматриваются и разрешаются, восходя по инстанциям, то есть исключительно в недрах *единой* бюрократической системы. Так, в российском уголовном процессе по Своду законов дела пересматривались в ревизионном порядке в палатах уголовного суда, департаментах Сената, в его общем собрании и даже в Государственном совете. Инстанционность препятствует свободному доступу граждан к правосудию, ибо, с ее точки зрения, непосредственное, по своей воле обращение за судебной защитой есть оскорбление иерархического порядка, недопустимая и опасная самодеятельность.[1] Вопрос о том, передавать или не передавать дело для отправления правосудия, обычно решается судебно-следственной инстанцией, без участия заинтересованного в судебной защите лица.

Гласность также чужеродна розыскному процессу, ибо при бюрократически-инстанционном методе управления информация обращается, не выходя за пределы самой системы. Взамен гласности, сначала как эпизод в инквизиционном,[2] затем в качестве непременного атрибута в следственном процессе, появляется *судебно-следственная тайна*.

[1] Автор «Книги о скудости и богатстве» И. Посошков за смелый совет царю «суд учинить близостный, чтобы всякому и низкочинному человеку легко бы его доступить», поплатился в 1725 г. заключением в крепость.

[2] По-видимому, впервые тайна следствия была институционализирована ордонансом французского короля Людовика XII в 1498 г. Согласно ему, присутствовать при ведении процесса могли только должностные лица, притом принесшие специальную судебную присягу.

Так, по Своду законов, судебное разбирательство проводилось без участия не только публики, но и подсудимого с потерпевшим. Самозасекречивание розыскного процесса объясняется не только внутренними закономерностями замкнутой бюрократической системы. Учитывая политические корни розыскного процесса, причины этой сугубой конспиративности следует искать и в политике. Для авторитарной государственной власти всегда соблазнительно обратить скрытый механизм инквизиции против своих политических врагов, и обычно она бойко пользуется этой возможностью. «Кто может считать себя защищенным от клеветы, когда она вооружена непробиваемым щитом тирании — тайной», — писал Чезаре Беккариа.[1]

С другой стороны, единство инстанционной системы позволяет ее верхним судебным звеньям пользоваться данными, полученными на нижних, судебно-следственных, уровнях. Поэтому состязательное начало *непосредственности судебного исследования доказательств* замещается правилом *письменного производства.* Особенно это свойственно следственному процессу. В нем, по сравнению с предыдущими видами розыска, появляется новая инстанция — следственный судья. Как уже было отмечено выше, суд здесь как бы делегирует своего полномочного представителя для подготовки дела, и потому считается, что допрошенные этим представителем свидетели и даже подследственный могут вторично не вызываться в судебное заседание при итоговом рассмотрении дела — для этого достаточно ранее полученных протоколов и иных документов.

Процессуальная экономия, составляющая одно из главных достоинств динамичной состязательности, при инстанционном подходе совершенно неуместна, ибо дело просто обязано пройти все положенные звенья судебной системы. В этом смысле известное латинское изречение: Fiat justitia, pereatmundus! — да свершится правосудие, хотя бы погиб мир — приобретает несколько зловещий оттенок, наводя на мысль об ужасной судебной волоките, по которой в истории правосудия розыскной процесс побил все рекорды.[2]

Принцип авторитетности судебного решения, питаемый в состязательном судопроизводстве началами независимости суда, равенства сторон и гласности, в розыскном процессе заменен *ревизионным* началом, в силу которого всякое судебное решение предполагается сомнительным и подлежит обязательной и всесторонней проверке в

[1] *Беккариа Ч.* О преступлениях и наказаниях. М., 1995. С. 117.

[2] А. Ф. Кони в качестве примера дореформенной судебной волокиты указывает на дело о краже из уездного казначейства мелкой монеты, которое тянулось 21 год, другое дело не пришло к окончанию за 46 лет. В этой связи он приводит китайскую поговорку, характеризующую подобные судебные порядки: «Муха может затянуть тебя в суд, — шесть пар волов из него не вытащат» *{Кони А. Ф.* Собр. соч. Т. I. М., 1966. С. 398).

вышестоящих инстанциях. В некоторых случаях недоверие, выказываемое законодателем к судьям, заходило так далеко, что последние еще до принятия ими решения по делу обязаны были обращаться за указаниями к высшим властям, ученым-законоведам и т.п. «дабы не причинить никому несправедливости» (ст. СХХУП, ССХГХ Каролины).

Типичным для розыскного процесса принципом часто считают *презумпцию виновности.*^ Однако данное начало характерно только для инквизиционной разновидности розыскного судопроизводства. В инквизиционном процессе обязанность доказывания возлагалась на подсудимого. «Если... обвиняемый отрицает приписываемое ему преступление, то его должно немедленно опросить, не может ли он предъявить доказательства своей невиновности в данном преступлении», — предписывала Каролина (ст. XLVII). В случае неуспеха его ждала пытка. Не только обязанность, но, как отмечалось выше, и бремя доказывания возлагалось в инквизиционном процессе на подсудимого, так как даже при дефиците «полного» доказательства его все равно часто ожидал обвинительный приговор. Другими словами, он презюмировался виновным, причем не только законом, но и судом. Judex damnatur cum nocens absolvitur *(лат.)* — судья виновен, когда виновный оправдан. Это делает положение подсудимого практически безнадежным, что дало повод П. И. Люблинскому сравнить такое судилище с дантовым «Адом», на вратах которого начертано: «Оставь надежду всяк сюда входящий».[2] Но следственный процесс кардинально изменил положение личности — при недостатке доказательств подсудимого не осуждали, а лишь оставляли «в подозрении» (приговор absolutio ab instantia) и приостанавливали дело до обнаружения дополнительных доказательств. Таким образом, в следственном судопроизводстве нет презумпции виновности подсудимого, как это было в инквизиционном процессе. Однако здесь отсутствует и презумпция невиновности, ибо при недостатке «полного» доказательства лицо на неопределенно долгое время остается в «подвешенном» состоянии — ни наказания, ни оправдания.[3] Предписывалось «дело предать воле Божьей, пока оно само собой объяснится».[4] Подход, исключающий какие-либо юридические фикции, наиболее соответствует административному методу регулирования, предпола-

[1] См., например: *Мещеряков Ю. В.* Формы уголовного судопроизводства, с. 22.

[2] См.: *Люблинский П.И.* Свобода личности в уголовном процессе. СПб., 1906. С. 38.

[3] Мы не можем согласиться с Ю. В. Мещеряковым, который считал презумпцию невиновности принадлежностью следственного процесса *{Мещеряков Ю.В.* Формы уголовного судопроизводства, с. 22). Фактически у данного автора при описании процесса, в котором есть обвинение, а значит и обвинитель, презумпция невиновности и т.п., речь идет не о розыскном, а о смешанном — следственно-состязательном процессе.

[4] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 36.

гающему не доказывание, а исследование обстоятельств дела, которое в принципе может продолжаться неопределенно долго.

Презумпция виновности в инквизиционном процессе, так же как и положительная система формальных доказательств, проистекает из обвинительного порядка, в котором бремя доказывания лежит на обеих сторонах, и обвиняемый, не сумевший опровергнуть тезиса о своей виновности, полагается виновным. Поэтому презумпция виновности имеет не розыскное происхождение и, следовательно, общим принципом розыскного процесса считаться не может. Больше оснований таким принципом полагать объективизм (взамен объективности!), то есть такой подход к предмету исследования, который ограничивается регистрацией событий, констатированием их необходимости.[1] Следственный процесс констатирует наличие или отсутствие формальных доказательств и необходимость установления истины, хотя далеко не всегда способен на это фактически, главным образом, по причине собственного формализма.[2]

Принципы *отдельных институтов* розыскного процесса могут различаться в зависимости от того, какой из его видов подвергается рассмотрению. Так, например, уголовно-административная расправа вообще не нуждается в системе институционных принципов, ибо сами правовые институты как обособленные группы юридических норм, выделяются лишь в развитых правовых отраслях, чего нельзя сказать о примитивных модификациях розыска. В более развитых инквизиционном и следственном видах процесса уже имеется система отдельных институтов, а значит и положенных в их основу руководящих норм. Среди них наиболее отчетливо выделяются те, которые устанавливают следующее:

1. Обязанность любого лица *содействовать* уголовному процессу. В первую очередь, это обязанность доносить властям о преступлении, оборотной стороной которой является ответственность за недонесение. Отказ от дачи показаний, дача ложных показаний также рассматривались как нарушение этой обязанности. По российскому Своду законов, в следственном процессе донос был не только правом, но и обязанностью. При инквизиционном же построении на подозреваемого ложится бремя ответственности за дачу ложных показаний. Каролина предписывала: «Если...обнаружится, что признанные преступником обстоятельства не соответствуют истине, то должно указать на эту ложь арестованному, угрожая сурово наказать за это» (ч. 2 ст. LIV). Во французском розыскном процессе также существовала практика, со-

[1] См.: Современный словарь иностранных слов. СПб., 1994. С. 418.

[2] Так, по данным Министерства юстиции Российской империи, в период действия дореформенного следственного законодательства обвинительных приговоров постановлялось только 12,5%, остальные 87,5% приходились на оставление в подозрении (см.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопоизводства. Т. I. С. 37).

гласно которой обвиняемый должен давать показания под присягой и, соответственно, отвечать за ее нарушение.[1]

2. Оценка доказательств по заранее заданным формальным критериям. Как было показано ранее, розыск заимствовал эту идею из состязательного обвинительного процесса. Однако она пришлась ему как нельзя кстати благодаря склонности абсолютизма регламентировать каждый шаг своих подданных. Этот принцип появляется в инквизиционном процессе и достигает максимального развития в следственном. Синкретические разновидности его не знают.

3. Правило nemo agit in seipsum *(лат.)* — никто не действует против самого себя. Основой всей доказательственной системы розыскного процесса являлась презумпция о том, что никто, находясь в здравом уме, не будет сам себя оговаривать в совершении преступления. Из этой в общем-то верной, но отнюдь не универсальной фактической посылки адепты розыскного процесса спешили делать далеко идущий вывод. Считалось непререкаемым, что признание подозреваемым своей виновности есть наиболее совершенное доказательство, «царица доказательств», лучшее доказательство «всего света» (Краткое изображение процессов или судебных тяжб 1715 г. и др.). Благодаря такой лестной аттестации признание во многих правовых системах рассматривалось как обязательное доказательство. «Окончательное осуждение кого-либо к уголовному наказанию должно происходить на основании его собственного признания или свидетельства. .., но не на основании предположений и доказательств», — сообщает Каролина (ч. 2 ст. XXII).

4. Ответственность за *видимость зла*. Данный принцип — попытка морально оправдать, суровость розыскного судопроизводства, в частности подвести юридическое основание под применение пытки в инквизиционном процессе или тяготы бесконечного нахождения под подозрением в процессе следственном. Весьма красноречиво формулирует эту максиму немецкое Уложение: «Согласно праву, надлежит избегать не только совершения преступления, но и самой видимости зла, создающей дурную славу или вызывающей подозрения в преступлении. Тот, кто не делает этого, является сам причиной своих собственных страданий...» (ч. 2 ст. LXI Каролины).

5. Принцип «король не делает зла». Он означает свободу государства от ответственности за напрасный вред, причиненный подследственному в ходе процесса. К примеру, Каролина освобождала судью за «правильное и допускаемое законом» применение пытки и в том случае, когда обвиняемый оказывался невиновным (ч. 1 ст. LXI). Справедливости ради надо заметить, что без такой нормы, дающей судьям

[1] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 241.

право на «производственный риск», розыскной процесс просто не смог бы функционировать.[1] Дело в том, что формальный характер доказывания неизбежно ведет к осуждению некоторого числа невиновных. И чем дальше суд находится от истины, тем выше судейский иммунитет и тем менее общество склонно возмещать вред напрасно пострадавшим от бездушного хода государственного механизма.

Что касается общеправовых принципов, которые играют столь большую роль в состязательном процессе, то по их богатству и разнообразию розыскной тип совершенно не может тягаться со своим извечным антиподом. Для развитой состязательности общеправовые принципы — это аксиомы гражданского общества. Розыск же всегда тяготел, в лучшем случае, к авторитарным политическим режимам, суть которых состоит в ограничении гражданского общества, подчинении его государственной диктатуре. Единственный общеправовой принцип, который признается розыскным производством, точнее лишь его инквизиционным и следственным видами, — это законность. Розыск обычно насаждается в обществе именно под лозунгом энергичного наведения законности и порядка. Однако законность он понимает своеобразно, согласно своему внутреннему авторитарно-бюрократическому духу. Это не «должная правовая процедура», отвечающая критериям справедливости: равенства сторон и независимости суда, как в состязательном суде. Принцип *законности* выступает в розыскном процессе, во-первых, как *инструктивность,* то есть неуклонное, шаг за шагом соблюдение подробных предписаний процессуального закона (такая юридическая педантичность жизненно необходима розыскному процессу, ибо в отсутствие спора заинтересованных сторон источником его движения может быть только «энергия» закона). Во-вторых, законность воспринимается и как *официальность* всей судебной процедуры, когда орган расследования действует не потому, что об этом его просят стороны (их здесь нет), а потому, что так повелевает закон. При этом официальность еще именуется *публичностью,* что не должно вводить в заблуждение относительно сходства этого принципа с публичностью состязательной. Оно чисто номинально, ибо состязательный процесс понимает

[1] Правда, в петровском Кратком изображении процессов устанавливалась суровая ответственность судей вплоть до «лишения живота» за применение пытки без достаточных оснований (п. 4 гл. VI ч. И). Энергическая манера изложения и беспощадная решительность санкций изобличают в данном документе руку Петра Великого. Однако примеров реального использования этой нормы на практике не известно. Напротив, пытка в России была в почете вплоть до Екатерины II и Александра I. Так что некоторое расхождение Краткого изображения процессов с рассматриваемым принципом следует, вероятно, отнести за счет отклонений субъективного порядка.

публичность как открытость судопроизводства, а официальность низводит до уровня институционного принципа.

Надо сказать, что истории известны случаи, когда в розыскной юстиции декларировались общеправовые принципы *равенства граждан перед законом и судом, защиты их прав}* Более того, при особо благоприятных политических условиях они могли здесь даже реализовываться, однако именно «могли», так как единственное, чего не в силах добиться перегруженное властью розыскное судопроизводство, — это обеспечить эффективные и неизменные *гарантии* интересов личности. Правда, инквизиционный и следственный процессы исторически приходятся на время абсолютизма, для которого характерно «негативное» *политическое* равенство всех подданных перед монархом, и молот розыскного процесса порой сильнее обрушивался на головы знати, чем простонародья. Однако юридически розыскной процесс чаще следовал сословному принципу, дифференцируя в соответствии с ним силу доказательств и суровость мер пресечения. Названные принципы не могут быть зачислены в его свиту, ибо они не связаны имманентно с сущностью розыска, более того — находятся с ней в противоречии. В самом деле, равенство, так же как и самостоятельная защита, несовместимы с административным усмотрением, составляющим сущность метода правового регулирования, вызывающего к жизни розыскной процесс. Косвенное упоминание об этих принципах в отдельных розыскных актах — скорее демагогический прием ловких законодателей, чем добросовестное намерение.[2]

[1] Так, выше уже упоминалась преамбула Каролины, в которой принятие данного закона обосновывается, в частности, стремлением предоставить «всем и каждому из .. .подданных» действовать в уголовных делах. В Своде законов Российской империи прокуроры и стряпчие при производстве формального следствия именовались «взыскателями невинности» и должны были заботиться, в частности, о том, чтобы обвиняемый воспользовался «всеми способами, к его защите предоставленными».

[2] Знавший вопрос, главный критик розыскных порядков маркиз Чезаре Беккариа характеризовал законодателей как юристов, «которых после их смерти наделили правом решать все на свете и которые превратились из писателей пристрастных и продажных в вершителей человеческих судеб и жрецов закона». (Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях, с. 108).

Раздел IV
ОСНОВНЫЕ ИСТОРИЧЕСКИЕ ФОРМЫ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

§ 1. СООТНОШЕНИЕ ИСТОРИЧЕСКИХ И ЛЕГИСЛАТИВНЫХ ФОРМ СУДОПРОИЗВОДСТВА И ИХ ЗНАЧЕНИЕ

Говорят, каждый народ открывает «какую-то тайну человеческой истории, расплачиваясь за это громадными жертвами, а порой и гибелью».[1] В полной мере это можно отнести к судопроизводству. Ценой бесчисленных проб и ошибок, политических компромиссов и жестоких побед выковывались стальные характеры мировых судебных систем. Будучи даже не орудием, а «оружием» управления, они оказали и продолжают оказывать громадное влияние на культуру и ментальность наций, так что слово «судебный» в этом контексте воспринимается как «прикосновенный к судьбе».

В дальнейшем мы будем рассматривать в основном три основных морфологических архетипа, или *исторические формы,* уголовного процесса — *английский, французский, германский.*[1] Они служат исходной моделью для легислативных форм судопроизводства в отдельных странах и группах стран, как правило, связанных между собой исторической, этнической и культурной общностью. Историческая форма в отличие от идеального типа дана в реальности, хотя и в несколько «усеченном» виде по сравнению с конкретными легислативными формами. В ней фиксируются лишь наиболее устойчивые, типичные признаки, а все случайное и второстепенное опускается. В названных формах, хотя и в разных пропорциях, присутствуют элементы обоих идеальных типов процесса. С точки зрения идеальной

[1] *Ахаезер А. С.* Россия: исторический опыт. Т. I. М., 1991. С. 332—333.

[2] В этой главе ввиду безбрежности темы не рассматриваются шариатский и другие, относимые нами к реликтовым, типы процесса. К ним применимы характеристики, данные ранее при описании обвинительного судопроизводства, общинного дознания, вотчинного суда и уголовно-административной расправы.

типологии, исторические, так же как и легислативные, формы — это *смешанные формы* судопроизводства. Причем легислативные формы — смешанные вдвойне, так как в них нередко соединяются не только состязательные и розыскные признаки, но и элементы различных исторических форм. Пример — Россия, уголовный процесс которой традиционно сочетает черты французской и германской моделей, к которым в последние годы примешиваются отдельные элементы, заимствованные из английского судопроизводства.

Между различными морфологическими типами процесса нет жестких барьеров. Их влияние друг на друга имело место всегда, но в современном мире оно возрастает. Английская процедура habeas corpus проникает в законодательство практически всех цивилизованных государств, а вопрос о введении французского по своему происхождению института прокуратуры всерьез рассматривается в Великобритании. Немецкие шеффены одну за другой «покоряют» европейские столицы, сменяя классический суд присяжных, а в России вводится предварительное слушание дела в суде — аналог английского preliminary hearing. Многие государства Африки, Индокитая и Дальнего Востока, некоторые арабские страны, такие как Алжир и Тунис, взамен своих традиционных судебных форм переняли французскую модель процесса, а английский тип, помимо Северной Америки, Австралии, Новой Зеландии, взят за образец в отдельных (англоязычных) африканских странах. Вместе с тем возможности для рецепции иных исторических форм не безграничны. Наиболее яркий пример — демонстративный отказ Германии (УПК 1877 г., реформа Эммингера 1924 г., ликвидация института предварительного судебного следствия в 1974 г.) и ряда других, в том числе и негерманских, стран,[1] от использования ранее применявшейся там французской системы судопроизводства. Это заставляет предпвлагать, что существуют некие объективные инвариантные предпосылки для формирования тех или иных морфологических типов (исторических форм) судопроизводства. Иметь адекватное представление об исторической форме, к которой принадлежит судебный процесс конкретной страны, и породивших ее причинах так же важно, как, например, правильно определить у человека группу крови — применение несовместимой крови может оказаться смертельным. Трудность в том, что причины существования архетипов судопроизводства весьма глубоки и имеют не современно-политическое, а историческое объяснение. Политические бури проносятся над этими глубинными течениями, вызывая на поверхнос-

[1] Так, Камерун отказался от французского института судебных следователей в 1972 г.

ти завихрения и водовороты, но на протяжении целых столетий не в силах изменить главного направления их движения. Перед данной работой не ставится цель раскрыть все причины и условия, сформировавшие исторические типы (для этого потребовалось бы отдельное исследование), но обозначить основные из них мы все же попытаемся. Так, например, своеобразие английского, французского и германского типов уголовного процесса вызвано не разностью политических режимов (во всем западном мире он либерально-демократический) и даже не культурно-этническими отличиями (народы Западной Европы возникли примерно в одно время, родственны между собой и чувствуют свою суперэтническую и цивилизационную общность), а прежде всего уникальностью исторического пути, пройденного каждой из этих европейских стран. Такой архетип судопроизводства, как шариат, обязан своим возникновением цивилизационным и религиозным особенностям мусульманского мира, которые также обусловлены своими историческими причинами. Можно сказать, что в облике этих судебных форм виновных преследует вся история человечества. Они существуют независимо от нашего волеизъявления, ибо «.. .мы не вольны в наследии отцов».[1]

Что же касается национальных легислативных форм, то их подчиненность политической системе более очевидна. Они, как правило, отражают то соотношение между правовым статусом граждан, с одной стороны, и государственных органов — с другой, которое желает сохранить данный политический режим. Зависимость этих форм от политики сильна и в значительной степени субъективна. Так, многие страны Восточной Европы, оказавшиеся после второй мировой войны в сфере политического влияния Советского Союза, решились взамен старых, «буржуазных», ввести у себя «социалистические» формы уголовного судопроизводства, которые должны были по примеру СССР обслуживать «диктатуру пролетариата» и бороться с «классовыми врагами».[2] Основными их признаками стали преобладание розыскных начал над состязательными (подчеркнутая официальность, всесилие органов досудебного производства, гипертрофированная роль прокурора, надзирающего не только за предварительным расследованием, но и за судом, обвинительные полномочия суда, возможность пересмотра судебных решений, вступивших в законную силу, и т. д.), прикрытое демократической фразеологией, а также осо-

[1] *Максимилиан Волошин.* Неопалимая купина: Россия.— Стихотворения и поэмы. СПб., 1995. С. 302.

[2] См.: *Карев Д. С, Радьков В.П.* Судоустройство и уголовный процесс стран народной демократии. М., 1959. С. 15—16 и др.

бенно «чуткое реагирование на требования уголовной политики».[1] После «самороспуска» социализма процессуальные формы этих стран сразу же вернулись в прежнее русло. Здесь не было «тектонического» смещения архетипов — они просто еще не успели сдвинуться с места, изменились лишь внешние законодательные формы. Это относится как к странам «народной демократии», так и к СССР. Никакого принципиально нового, «социалистического» архетипа судопроизводства так и не возникло.[2] Признаки легислативных форм менее устойчивы, чем признаки форм исторических, под влиянием момента они способны легко изменяться, но также быстро и возвращаться к исходному типу. Лишь в отдельных случаях посредством легислативных изменений происходит смена исторических форм — там, где для этого вызрели объективные условия. Если этих условий нет, внешняя смена формы процесса будет иметь чисто бутафорский характер, когда же они есть, изменение легислативной формы, как правило, совпадает с изменением исторического типа. Итак, исторические формы консервативны, но консерватизм в юриспруденции есть скрытая похвала.

Впрочем, наряду с определенной инертностью исторических форм в современном мире заметна и другая тенденция — процесс их синхронного развития. Начиная приблизительно с середины XX в., набирает силу международно-правовая унификация форм уголовного процесса. Ее лейтмотив — концепция прав человека. В целом ряде

[1] *Лубенский А. И.* Организация предварительного расследования в зарубежных социалистических государствах. М., 1977. С. 4. Так, например, за время существования УПК РСФСР 1960 г. в него было внесено свыше 400 изменений и дополнений, то есть они происходили почти ежемесячно! (См.: *Савицкий В.М.* Уголовный процесс России на новом витке демократизации, с. 96). Такая частота изменений свидетельствует о том, что легислативная форма уголовного судопроизводства рассматривалась в качестве послушного инструмента для решения текущих политических задач.

[2] Косвенно это подтверждается А. И. Лубенским, который, говоря об уголовном процессе социалистических государств, отмечал: «Преемственность уголовно-процессуальной формы выражалась также в том, что даже в случаях, когда довоенные уголовно-процессуальные кодексы были отменены, *прежние процессуальные правила в определенных пределах* (курсив мор.— А. С.) были воспроизведены в новом законодательстве, но при этом полностью изменилась их классовая сущность, функциональная направленность и ценностная характеристика» (Лубенский А. И. Организация предварительного расследования... , с. 6). Что это за пределы, в которых старый процесс не решились тронуть даже коммунисты? Например, в ГДР суды, как и принято в процессе германского типа, продолжали принимать участие в предварительном расследовании при решении вопросов, касающихся неприкосновенности личности и жилища, а защитник — участвовать в следственных действиях и знакомиться с материалами расследования еще до его завершения. На Кубе (хотя в сильно урезанном виде) и особенно в Югославии был сохранен институт судебных следователей, типичный для французской исторической формы процесса. Даже в СССР, как будет показано в дальнейшем, сохранился французский архетип уголовного судопроизводства, хотя и в его устаревшем варианте, образца наполеоновского Кодекса уголовного следствия 1808 г.

общепризнанных норм как договорного, так и общего международного права (международные стандарты) содержатся условия, процедуры и гарантии процессуальной деятельности, призванные обеспечить в этой сфере эффективную защиту гуманитарных прав. Особенностью международно-правовых норм, посвященных уголовному правосудию, является то, что в основе своей они имеют выраженную публично-состязательную идеологию. Таким образом, посредством международного права складываются предпосылки для постепенного формирования некой *универсальной исторической формы* судопроизводства, более приближенной к идеальному типу, нежели любая из существующих ныне.

Итак, главное практическое значение имеет вопрос: какие признаки процесса относятся к исторической, а какие к легислативной форме? Другими словами, *что* в том или ином процессе является своего рода «уставным капиталом» и не подлежит произвольному изменению, а *что* может быть предметом законодательных экспериментов? Ответ на него, как мы выяснили, следует искать в сфере причин и условий, сформировавших то или иное национальное судопроизводство, то есть в *исторической* области. Причем простая эмпирическая констатация исторических фактов еще не даст нам решения проблемы. Здесь важно определить общую *социологическую* тенденцию развития, долговременные причины и условия, которые, когда-то породив данную форму, продолжают определять ее лицо и в настоящий момент. В то же время юридические формы, возникшие в историческом прошлом, часто проявляют способность к выживанию в новых условиях, наполняясь другим социальным содержанием. Однако пределы такой модернизации не безграничны, и если старые формы годятся для нового содержания, значит в основе и того, и другого лежат некие глубинные общие причины, ибо *кто сотворил внешнее, сотворил и внутреннее.* Наконец, следует добавить, что исторический и социологический подходы должны дополняться *географическим,* ибо причины и условия существования архетипа судопроизводства, общего для целой группы национальных систем, должны иметь определяющее значение и для каждой из них.

§ 2. АНГЛИЙСКАЯ ФОРМА УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Речь идет именно об *исторической форме,* а не о современных английской, американской или австралийской национальных системах судопроизводства. Английский архетип послужил исходным образ-

цом для всех этих легислативных форм, которые в деталях могут от него отличаться.

Английский тип судопроизводства считается наиболее близким к «чистой» состязательной модели. Исторически он сформировался в условиях английского общего права и в основе своей имеет юридический обычай и судебные прецеденты. Поэтому все попытки «пересадить» его целиком с английской судебной почвы на континентальную, где право развивается, главным образом, законодательным путем, были обречены на провал.[1] Английская правовая доктрина — частно-исковая, то есть теоретически исходит из того, что публичные органы уголовного преследования пользуются в процессе такими же процессуальными правами обвинителя, какие может иметь любое частное лицо. Прокуратура отсутствует, функцию обвинения от имени государства выполняет полиция (часто с помощью адвокатов) или атторнеи — адвокаты на службе у государства. Сохраняются также коронеры, которые по некоторым категориям дел (о смерти людей при необычных или подозрительных обстоятельствах, пожарах и т. д.) проводят расследование, после завершения которого могут передать дело в суд. Большое значение имеет процедура судебной проверки законности ареста, известная как habeas corpus. Предварительное следствие, или слушание (preliminary enquiry, hearing), производится состязательно, в судебном заседании под руководством особого следственного судьи — мирового, магистрата — при активном участии сторон. Главные задачи предварительного слушания — предъявление первоначального обвинения (process a charge, presentment), решение вопросов о допустимости положенных в его основу доказательств и возможности продолжения ареста обвиняемого. По делам о преступлениях небольшой тяжести уже на этой стадии процесса с согласия обвиняемого может быть вынесен приговор. Мировые судьи (justice of the peace) не имеют организационного отношения к судам, которые будут рассматривать дело по существу, и, таким образом, последние никак не связаны решениями мировых судей, санкционирующими обвинителя (о содержании под стражей,

[1] Попытка «акклиматизации» английской судебной формы на континенте впервые была предпринята во время Великой Французской революции. Депутат Бергасс говорил в Учредительном собрании: «Садгое лучшее, что мы можем сделать, это заимствовать английские судебные порядки, конечно, с некоторыми улучшениями в подробностях» (См.: *Полянский Н.Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса, с. 33). Декретом от 16 сентября 1791 г. были введены суммарное производство у мирового *судьи* по типу предварительного слушания, обвинительное жюри и суд присяжных. Однако уже в 1808 г. наполеоновский Кодекс уголовного следствия ознаменовал возврат к национальным (прокурорско-следственным) формам предварительной подготовки дел, установленных еще ордонансом 1670 г. Людовика XIV, хотя суд присяжных был сохранен.

проведении обысков, других принудительных мер, дальнейшем продвижении обвинения). В свою очередь, независимость мировых судей гарантирована, в частности, тем, что свои обязанности они выполняют, как правило, на безвозмездной, почетной основе.[1] Элементом данной исторической формы является и так называемое большое жюри (grand jury), которое по делам о тяжких преступлениях принимает решение о предании обвиняемого суду (committal), а также может само провести свое расследование и составить обвинительный акт.[2] Дальнейшее судебное разбирательство осуществляется в суде присяжных (trial jury, trial per pais), причем жюри присяжных (petty jury) решает вопрос о виновности обвиняемого самостоятельно и независимо от профессиональных судей (legal profession members, gownsmen), которые лишь применяют закон. Пересмотр судебных решений осуществляется только в апелляционной форме, но оправдательный приговор не может быть пересмотрен.

Недостатком такого построения предварительного следствия считается относительная пассивность суда, так как инициатива ведения дела принадлежит в основном сторонам и «самодеятельность следственной власти отсутствует».[3] Это обычно связывают с частно-исковой формой английской состязательности.[4] Однако вопреки устоявшимся представлениям следственный элемент все же присутствует в современном английском процессе, хотя и в сильно редуцированном виде.

«В действительности состязательная система гораздо менее состязательна, чем думают многие люди... — имея в виду американское судопроизводство, пишет Лоуренс Фридман. — Американские судьи не всегда являются безгласными свидетелями судебного процесса. Они управляют ходом судебного слушания как явными, так и определенными тонкими, скрытыми от непрофессионального взгляда действиями».[5]

[1] Еще в 1391 г. английский король Ричард II запретил выдавать им жалованье, и, хотя особой популярности Ричарду эта мера явно не прибавила — он умер в тюрьме в 1400 г. — денег мировым судьям с тех пор больше не давали. Пожалуй, единственным исключением был писатель Генри Филдинг, который являлся к тому же и мировым судьей Вестминстера. В 1748 г. он добился от английского правительства предоставления средств из фонда Сикрет-сервис для выплаты жалованья созданной им службе первых английских детективов — так называемых боу-стрит-раннеров. Следующим шагом было введение, обычно в густонаселенных городах, должностей платных магистратов, набираемых из числа барристеров и обладающих полномочиями двух мировых судей-неюристов. Оплачиваемые магистраты формально также считаются мировыми судьями (Magistratesr Courts Act, 1952).

[2] В Англии этот институт был упразднен в 1948 г. В настоящее время большое жюри сохранилось в США, где оно закреплено в Конституции (поправка V).

[3] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 371.

[4] См., например: *Мещеряков Ю.В.* Формы уголовного судопроизводства, с. 71.

[5] *Фридман Л.* Введение в американское право. М., 1993. С. 61.

Традиционно предполагается, что собственно уголовный процесс начинается здесь только в суде, а вся предшествующая подготовка (investigation) это сфера непроцессуальных, административных правоотношений.[1] На самом деле полиция и другие органы публичного преследования производят до суда не только оперативно-розыскные мероприятия, но и аресты, допросы, обыски, опознания и другие действия по собиранию и проверке доказательств, руководствуясь при этом выработанными (в основном судебной практикой) *процессуальными* правилами. Досудебная подготовка, таким образом, фактически представляет собой часть уголовного процесса, хотя и наименее формализованную.[2]

Иногда этот тип процесса также именуют «англосаксонским». Это неточно, так как рассматриваемая историческая форма имеет мало общего с той разновидностью судопроизводства, которая существовала у англосаксов. До нормандского завоевания (1066 г.) в англосаксонском обществе использовались две характерные для всех германских племен древние формы судопроизводства: упрощенная — при застижении преступника с поличным, когда к задержанному сразу же, без какого-либо процесса доказывания, применяли наказание,[3] и обвинительная, сопровождавшаяся соприсяжничеством, поручительством лорда (хлафорда), очистительной присягой и применением ордалий.[4] Ничего подобного (за исключением, пожалуй, института личного поручительства), а тем более уникального современный процесс английского типа из англосаксонских судебных порядков не унаследовал.

Впрочем, некоторые исследователи полагают, что в Уонтаджском кодексе (Wantadge Code), принятом при короле Этельреде II, в котором упоминалось о клятве двенадцати высших танов и судьи (reeve) в том, что они «не обвинят невиновного и не скроют виновного», отражен самостоятельно «созревший на англосаксонской почве» институт обвинительного жюри.[5] Однако данный документ допускает различные толкования. Учитывая, что именно на крупных землевладельцев (хлафордов), к коим относились и англосаксонские дворяне-таны, возлагалось личное поручительство за задержание в течение 12 месяцев и явку на суд подозреваемых членов административной единицы — сотни (handred), их клятва не скрывать виновного и не преследо-

[1] См.: *Eldefonso Б., Coffey A.R.* Criminal Law: History, philosophy, enforcement. N.Y., 1981. P. 90.

[2] «Пожалуй, не будет ошибкой сказать, что правовой режим предварительного расследования в США выражается в основном в установлении того, что расследующий субъект не должен делать...» *(Николайчик В. М.* Уголовный процесс США. М., 1981. С. 17).

[3] Эта архаическая форма близка к тому, что ранее мы классифицировали как разновидность розыскного типа, как общинное дознание.

[4] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 295—300.

[5] *Кондратчик А. Л.* Английский суд присяжных: исторические корни и эволюция//Советское государство и право. 1991. № 6. С. 135.

вать невиновного может быть понята как обязательство поручителя, а не члена жюри. Кроме того, надо иметь в виду, что король англосаксов Этельред II (968-1016), кстати, прозванный современниками Неразумным, был данником норманнов-датчан, которые буквально наводнили его страну. В 1013 г. он даже вынужден был на один год уступить свой трон датскому королю Свену I. Мало того, в 1017 г. вся Англия вместе с женой незадачливого Этельреда Эммой достались сыну Свена I Кнуду, заслужившему, в отличие от своего предшественника, титул Великого. Известно, что правление последнего было отмечено крупными правовыми реформами. Логично предположить, что Уонтаджский кодекс вполне мог подвергнуться позднейшим переделкам в норманнском духе, так что, даже если приведенная выше фраза означает обвинительное жюри, оно вполне могло оказаться чисто скандинавским продуктом. В пользу этого свидетельствует и тот факт, что до самого нормандского завоевания в 1066 г. ни в одном документе об этом институте больше не упоминалось ни слова. Вполне возможно, что заморская затея сначала просто не прижилась у англосаксов и вернулась лишь через полвека из Франции с новой волной норманнов, которые к тому времени, правда, уже успели сделаться нормандцами. О том, что ассиза имеет скандинавское происхождение, прямо говорит датский хронист XII в. Саксон Грамматик, который писал, что еще в VII в. Рагнар Ладброк, король датский, первый учредил «думу двенадцати присяжных».

Зато, при внимательном рассмотрении, в английских судебных процедурах обнаруживаются поразительные совпадения со средневековым французским уголовным процессом, язык которого был официально принят в судах Англии вплоть до XVII в.[2] В конечном счете, знаменитый английский суд присяжных обязан своим происхождением завезенному из северной Франции и Нормандии обычаю расследования через местных людей *{фр.* du pays[3] — *англ.* per pais), который на английской почве, с легкой руки короля Генриха II Плантагенета,[4] стал ассизой (assize), а затем, после утраты последней обвинительной функции, постепенно превратился в trial per pais, petty jury — суд присяжных, вердикт выносящих. Мало того, сама внутренняя *структура* современного процесса английского типа, особенно в той его части, которая была создана статутами, напоминает старофранцузский уголовный процесс XIV—XVI вв. Английское судопроизводство приобрело свою нынешнюю, преимущественно состязательную, форму в основном только к концу XVII в. Именно тогда суд получает независимость, чему способ-

[1] См.: *Карамзин Н. М.* История государства Российского. В XII т. Т. П. СПб., 1842. С. 37.

[2] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 39.

[3] Pays *(фр.)* — местность, район, отчизна;

[4] Генрих Плантагенет (1133—1189), по происхождению француз (граф Анжуйский, герцог Нормандский и т.д.), король Англии с 1154 г. Положил начало коренной судебной реформе в Англии, выпустив Кларендонские (1166) и Нортхэмптонские (1176) конституции, или ассизы. Это название затем было перенесено и на введенные им суды.

ствовали следующие нововведения: присяжные перестали быть свидетелями по делу и привлекаться к ответственности за вынесенный вердикт, что дало им право настаивать на своей точке зрения по вопросам факта (1670 г., решение судьи Вогана по делу *Пенна и Мида* в отношении присяжного *Бушеля),'* Habeas Corpus Act 1679 г. укрепил полноту судебной власти, Билль о правах 1689 г. исключил создание чрезвычайных судов, а Акт о престолонаследии 1701 г. установил несменяемость судей. Предварительное следствие в английском процессе обязано своим возникновением статутам 1461,[2] 1554 и 1555[3] гг., которыми на мировых судей была возложена обязанность проводить предварительное исследование (preliminary investigation) материалов обвинения, прежде чем оно будет вынесено на рассмотрение Большого жюри.

Однако в сочинении французского автора XIV в. Бутийе («Somme rural», 1390 г.) обобщена практика процесса, уже существовавшего к тому моменту в северных провинциях Франции, Артуа, Пикардии, а также во Фландрии и во многом предвосхищавшего структуру английского судопроизводства. Отраженные у Бутийе кутюмы получили развитие в 1498 г. в ордонансе Людовика XII и особенно в эдикте Франциска I, то есть за несколько десятилетий до аналогичных законодательных преобразований в английском судопроизводстве. Для того чтобы наглядно показать эти совпадения, представим их в виде таблицы.

[1] См: *Bloomstain M. J.* Verdict. The jury system. N.Y., 1968. P. 18; *Бернем У.* Суд присяжных заседателей. М., 1995. С. 6; Арчер П. Английская судебная система, с. 186.

[2] См.: *Чельцов-БебутовМ. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 339.

[3] См.: *Уолкер Р.* Английская судебная система, с. 36.

Связь форм судопроизводства английского типа и старофранцузского уголовного процесса[1]

Английский тин уголовного процесса	«Somme rural» 1390 г.	Ордонанс Людовика XII 1498 г.	Эдикт Франциска I 1539 г.
I	II	III	IV
1. Непроцессуалыюе полицейское дознание: срок не определен, может быть начато ex officio, включает применение оперативно-розыскных мероприятий, собирание доказательств, арест обвиняемого или его вызов в суд по приказу судьи-маги страта; завершается заявлением об обвинении, именуемом information, которое направляется судье.	1. Тайное дознание, именуемое information, завершается вызовом обвиняемого к судье или арестом.	1. Тайное дознание — information, материалы которого представляются судье, который после получения заключения прокурора выносит постановление о вызове или аресте обвиняемого (ст. 98).	1. Тайное дознание, обычно проводимое судебными сержантами, завершающееся арестом обвиняемого или вызовом его к судье.
2. Предварительное следствие в магистратском суде — preliminary enquiry, где обвиняемому с участием защитника разъясняют сущность обвинения и спрашивают, признает ли он себя виновным. По делам о малозначительных преступлениях в этой стадии может быть вынесен приговор. При этом признание обвиняемым своей виновности — достаточное основание для вынесения обвинительного приговора без рассмотрения доказательств. Во всех прочих случаях, если обвиняемый отрицает виновность, с участием обвинителя и обвиняемого непосредственно рассматриваются доказательства, представленные обвинением, и производится очная ставка со свидетелями обвинения. Проверяется допустимость представленных сторонами доказательств. Обвиняемый может быть освобожден на поруки и под залог. При отсутствии обвинителя дело прекращается.	2. Предварительное следствие — inqueste, проводимое судьей, где обвиняемого па суммарном этапе спрашивают, признает ли он себя виновным в совершении преступления. Признание — достаточное основание для/бы несения обвинительного приговора без рассмотрения доказательств.	2. Предварительное следствие, проводимое судьей, где обвиняемого на суммарном этапе спрашивают, признает ли он себя виновным в совершении преступления, после чего материалы направляются прокурору для дачи заключения (ст. 107). В случае сознания обвиняемого, с учетом письменных заключений прокурора и истца, а также возражений па них обвиняемого, суд разрешает дело (ст. 108). При отсутствии признания и при условии выбора судьями ординарного порядка, стороны выслушиваются в открытом судебном заседании в отношении пунктов, по которым необходимо произвести формальное расследование через жюри — enqueste du pays. На время исследования обвиняемый может быть освобожден *на поруки* (ст. 119). *возможно участие защитника.*	2. Предварительное следствие, проводимое судьей, где обвиняемого на суммарном этапе спрашивают, признает ли он себя виновным в совершении преступления. На основе признания, с учетом письменных заключений прокурора и истца, а также возражений обвиняемого тут же может быть выпесеп обвинительный приговор. Важное значение имеет очная ставка обвиняемого со свидетелями обвинения.

[1] Сведения о старофранцузском процессе взяты из книги: *Чепьцов-Бебутов М.А.* Очерки по истрии суда и уголовного процесса., с. 232—244,251.

Английский тип уголовного процесса	«Somme rural» 1390 г.	Ордонанс Людовика XII 1498 г.	Эдикт Франциска 1 *S39r.*
3. Материалы предварительного следствия направляются в большое жюри, которое после голосования может составить обвинительный акт и направить его в суд присяжных (малое жюри).	3. В случае непризнания виновности, с согласия обвиняемого в качестве ординарного порядка применяется дознание через жюри — enqueste du pays, т. е. формальное расследование через местных людей, в ходе которого под запись в протокол и без участия сторон судьей допрашиваются собранные свидетели, вопросы которым стороны, однако, ставят в открытом заседании. Обвиняемый получает право па формальную защиту.	3. При выборе судом ординарного порядка enqueste du pays члены *жюри* из местных людей поочередно допрашиваются по вопросу о виновности обвиняемого.	*3.* При выборе судом ординарного порядка enqueste du pays члены *жюри* из местных людей поочередно допрашиваются по вопросу о виновности обвиняемого.
4. Происходит публичное судебное заседание с участием сторон и непосредственным исследованием доказательств. Суд присяжных выносит вердикт; судьи — приговор. При этом показания с чужих слов — hearsay не допускаются, а все сомнения толкуются в пользу обвиняемого.	4. Судья при ординарном порядке производства докладывает дело в присутствии сторон, а затем принимается судебное решение.	4. Ординарный процесс заканчивается публичным заседанием суда, в котором происходят прения сторон, после чего судом выносится приговор.	4. Возможен допрос обвиняемого перед полным составом суда. Использование показаний с чужих слов запрещено. Если пет достаточных доказательств против обвиняемого, он должен быть оправдан.

Как видно из этой таблицы, классическому английскому типу уголовного процесса и старофранцузскому XIV—XVI вв. известны: этап негласного дознания (information), а также предварительное судебное следствие *(англ.* enquiry — *фр-* inqueste), на котором происходит первоначальное предъявление обвинения- или уведомление о преступлении, в совершении которого обвиняется лицо, выясняется, признает ли обвиняемый свою виновность, решается вопрос о возможности его освобождения под личное поручительство, проводится очная ставка. Признание виновности может повлечь за собой обвинительный приговор без дальнейшего исследования доказательств. Возможно даже участие защитника и толкование сомнений в пользу обвиняемого. Допускается участие обвинительного жюри. Конечно, современный английский тип судопроизводства насыщен состязательностью, в то время как в средневековом французском процессе отдельные состязательные кристаллы были экзотикой, смутным напоминанием о минувшей героической эпохе *суда равных,* легендарной, как Грааль. Те самые формы, которые в Англии к XVII в. приобрели живой характер adversary system — спора сторон, на французской почве надолго застыли мрачными фигурами инквизиции. Особенно явно это демонстрирует Большой уголовный ордонанс Людовика XIV, который был издан в том же знаменательном для судеб уголовного процесса 1670 г. (именно тогда в Англии окончательно испустил дух розыск). Тем не менее внешнее сходство и, как представляется, «генетическое» родство процессуальных форм налицо. Можно предположить, что еще до того момента, когда английский законодатель в XVI—XVII вв. миновал состязательно-розыскную развилку на историческом пути уголовного процесса, он в своем законотворчестве оглядывался на французского соседа, тогда более искушенного в тонкостях юриспруденции. Заимствованию процессуальных институтов способствовало близкое, хотя и не мирное, соприкосновение двух наций во времена Столетней войны (1338—1453 гг.), когда Англия захватила Нормандию и большую часть северной Франции, то есть как раз те земли, где существовали судебные формы, описанные Бутийе.[1] К середине XVI в. право предварительного расследования было законодательно передано мировым судьям, которые вели его в форме, сильно напоминающей французский процесс по ордонансу 1539 г. Франциска I.[2]

[1] По мирному договору 1420 г., подписанному в Труа, было даже создано и некоторое время существовало объединенное Англо-Французское королевство под управлением английского короля Генриха V.

[2] Более подробно см. об этом в следующем параграфе.

О том, что речь идет именно о целенаправленном заимствовании, говорит, например, следующий факт. В сборнике кутюмов Нормандии — Grand Coutumier de Normandie содержится упоминание о применении мер принуждения с целью добиться согласия обвиняемого на процедуру расследования через жюри из местных людей. Кутюм предписывал содержать обвиняемого под стражей «на скудном питании и питье».[1] В 1475 г. при Эдуарде IV жестокие меры (peine forte et dure), направленные на то, чтобы вырвать у обвиняемого согласие подвергнуться суду присяжных, внедряются и в Англии.

Элементы французского уголовно-процессуального права были восприняты в Англии в розыскном варианте. Так, в XVI в. предварительное расследование, проводимое английскими мировыми судьями, больше напоминало розыскное дознание, чем состязательную процедуру: судьи были заняты письменным оформлением представленных им материалов *обвинения,*[2] в то время как обвиняемый до середины XVI столетия вообще был не вправе выдвигать своих свидетелей и пользоваться услугами защитника. Считалось, что «суд отчизны», состоявший из свидетелей-присяжных, сам есть лучший свидетель и защитник. По-видимому, в те времена полагали, что предоставлять обвиняемому защитника — значит своими руками создавать ему соучастника. До конца XV в. жюри присяжных фактически являлось органом розыска, пока обязанность предоставлять суду проект обвинительного акта не была возложена на частного обвинителя.[3] Однако если английский средневековый процесс когда-нибудь и был инквизицией, то это была «бархатная» инквизиция. Во французском процессе за спиной «суда отчизны» всегда маячила тень палача, а сравнительно гуманная enqueste du pays легко могла быть обращена в пыточно-застеночный розыск. Английский процесс пытки в прямом смысле слова почти не знал,[4] а власти периодически пытались «очистить тюрьмы» от обвиняемых (приказ Gaol Delivery, потом процедура Habeas Corpus). Французский судья (бальи) был правительственным чиновником и считал своим долгом сам, ex officio приводить в известность все обстоятельства дела, в то время как ин-

[1] См.: *Чельцов-БебутовМ.А.* Очеркипоисториисудаиуголовногопроцесса...,с.219.

[2] Имея в виду дальнейшее преобразование этого судейского дознания в состязательное производство, известный английский юрист Фредерик Поллок писал: «Тайное розыскное производство стало открытым и судебным, прежнее расследование путем допроса обвиняемого уступило свое место предварительному судебному рассмотрению» (См.: *Glover A.* The Administration of justice in criminal matters. 1911. P. 26).

[3] См.: *Чепьцов-БебутовМ. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 346.

[4] Исключение составлял суд Звездной палаты, который, однако, не относился к судам общего права. Здесь пытка иногда применялась при допросе подсудимых. Это, впрочем, не помешало судье Коку, одному из классиков английского общего права, называть Звездную палату судом «наиболее уважаемым (не считая парламента) из всех существующих в христианском мире» (См.: Уолкер Р. Английская судебная система, с. 38).

ститут английских мировых судей изначально был задуман как управа на местную исполнительную власть со стороны подданных,[1] то есть как элемент системы сдержек и противовесов, — потому-то они стремились предоставить выяснение истины самим сторонам, хотя при этом, как уже было сказано, предпочтение долгое время все же отдавалось ими обвинению. Если во французском предварительном следствии очная ставка была тогда, главным образом, средством устранения противоречий в материалах дела, то в английском суде — формой защиты обвиняемого. В Англии над мировыми судьями никогда не было никакого надсмотрщика, рядом с французским судьей находился прокурор — «государево око», дающий заключения по всем существенным вопросам дела. Наконец, в Англии совершенно не привилась формальная теория доказательств в той умозрительной форме, которую ей придал на континенте классический розыскной процесс[2] и которая пустила глубокие корни в судебной практике средневековой Франции и других континентальных европейских стран. Все это облегчило развитие в английском процессе состязательности, однако некоторые розыскные моменты все же остались. В основном они сосредоточены на стадии досудебной подготовки обвинения, однако и на судебных стадиях в общем состязательном хоре английского процесса отдельные партии явно исполняются в розыскном ключе. Признаки этого типа процесса в современной процедуре английского типа выражаются в следующем:

1. На этапе досудебной подготовки уголовный преследователь, которым на практике является, как правило, представитель государства — полицейский чиновник, выполняет три задачи, которые в суде питают состязательность. Именно он помимо формирования доказательственной базы для обвинения должен обеспечивать здесь права задержанного и, кроме того, принимает решение о направлении дела — подает судье заявление об обвинении (information) либо отказывается от дальнейшего преследования. На досудебной стадии публичный уголовный преследователь, пользуясь английской поговоркой, — «every inch a king» (в каждом дюйме — король), другими словами, он истинный хозяин процесса. Слияние же названных функций, как известно, — главный признак розыска.

[1] См.: *Арчер П.* Английская судебная система., с. 119—120.

[2] Формальные правила доказывания имели и до сих пор имеют место и в процессе английского типа, однако они не сконструированы средневековыми легистами специально для нужд розыскного судопроизводства, а являются историческим наследием обвинительного состязательного порядка. Их источником являются, в основном, не доктрина и статутное право, а судебные обычай и прецедент.

Признание этого обстоятельства может иметь непосредственную практическую ценность. Так, американские правоведы особо акцентируют внимание на том, что юристы, поддерживающие обвинение, должны быть независимы от полиции, и следует всемерно стремиться к тому, чтобы функция расследования и ареста, и функция судебного преследования (обвинения) были разделены.[1] Объяснить такое требование, с теоретической точки зрения, совершенно невозможно, если считать, что полиция и атторней выполняют одну и ту же состязательную функцию обвинения. Разделять их деятельность тогда было бы бессмысленно, ибо никакого смешения функций, недопустимого при состязательном построении процесса, в этом случае нет. Однако все встает на свои места, если принять тезис о том, что полиция и юрист-обвинитель выполняют *разные* процессуальные функции: полиция — функцию розыска (расследования), а атторней — состязательную функцию обвинения.

2. Большое жюри, это наследие средневековой предъявительной ассизы, откровенно совмещает судебную и обвинительную функции, оно даже вправе провести собственное расследование и составить обвинительный акт, содержащий окончательное обвинение. Как правило, Большое жюри выслушивает доказательства только со стороны обвинения и притом в негласных условиях. Причем «всякая слабость и недостаточность доказательств защиты рассматриваются в пользу обвинения».[2]

3. В английском процессе мировые судьи долгое время образовывали четвертные сессии (general sessions; quarter sessions),[3] а ныне принимают участие в заседаниях Суда Короны, который заменил четвертные сессии и ассизы. Поскольку мировые судьи, ведя предварительное следствие и принимая решения об аресте обвиняемого и предании его суду, берут на себя часть ответственности за уголовное преследование, выполнение ими судебных функций в вышестоящем суде ведет к смешению функций уголовного преследования и юстиции.

4. Коронерское расследование ведется путем вызова и допроса свидетелей судьей-коронером. «Этот процесс полностью инквизиционный, несмотря на то, что заинтересованные лица могут иметь представителей и вправе задавать вопросы свидетелям», — признает Рональд Уолкер.[4] При этом судьи Отделения королевской скамьи Высокого суда в Англии «как наиболее высокопоставленные блюстители уголовного закона обладают всеми правами коронеров».[5]

В то же время несправедливы подозрения английского процесса в тайной склонности к следственности ввиду сохранения им остатков

[1] См.: Human Rights and the Rule of Law in the Criminal Justice System of an Emerging Democracy. Reference Manual. P. 5.

[2] *Николайчик В. М.* Уголовный процесс США. М, 1981. С. 128.

[3] В Англии четвертные сессии и ассизы упразднены Законом 1971г. Что касается США, то здесь подобных судов вообще не было.

[4] *Уолкер Р.* Английская судебная система, с. 240.

[5] *Арчер П.* Английская судебная система, с. 143-144.

своеобразной формальной системы доказывания.[1] В самом деле, хотя английский тип процесса предоставляет судьям широкую свободу при решении вопроса о допустимости доказательств, что свидетельствует о его общем состязательном духе, тем не менее он содержит ряд положений, действительно напоминающих о формальной теории доказательств: так, ряду доказательств придается в нем заранее установленная сила (доктрина «наилучшего доказательства»), сохраняются отдельные формальные правила об исключении доказательств, есть многочисленные юридические фикции (например, презумпция добропорядочности официальных лиц и др.)> решительное значение придается признанию виновности. Однако, как было принято нами ранее, формальные доказательства — первоначальный продукт не розыскного, а состязательного *обвинительного* судопроизводства: к юридическим фикциям более, чем «помешавшаяся» на истине инквизиционность, склонна частно-исковая разновидность, а признание обвиняемого — желанный исход не только для инквизиционного, но и для обвинительного и частно-искового процессов.[2] Поэтому определенная формальность доказывания в процессе этого типа свидетельствует лишь о своеобразии данного исторического типа и об английской приверженности традициям, но не о каких-то особых розыскных наклонностях. Можно согласиться с Питером Арчером в том, что не в последнюю очередь суды «уберегли Англию от деспотизма и утвердили уважение к правопорядку».[3]

Первый урок, который преподносит нам анализ английского типа,— соединение состязательных и розыскных признаков неизбежно даже для самых «пре-состязательных» представителей судебного племени. Но это означает, что такое сочетание есть *нормальное состояние* реальной процессуальной формы. Будучи сложной социальной систе-

[1] Так, К. Ф. Гуценко усматривает признаки инквизиционности в английской системе доказывания *(Гуценко К. Ф.* Уголовный процесс основных капиталистических государств. М., 1969. С. 18). О скрытой следственности английского процесса писал также Анциферов К. Д. (Обвинительное начало и английский процесс // Юридический вестник. М., 1879. Т. I. С. 432).

[2] Верно подметил Ю. В. Мещеряков: «Как бы это ни показалось парадоксальным, но на уровне закона правило о достаточности признания для осуждения — это принцип не розыскного, а древнего обвинительного и англосаксонского состязательного процесса. Ставшая аксиомой банальность: признание обвиняемого есть лучшее свидетельство всего света... передает не процессуально-содержательную, а эмоциональную, декларативную сторону вопроса о законной силе признания. Между тем все законодательства эпохи зрелого розыска (Каролина, Воинские процессы, УПК начала XIX в. Австрии, Пруссии, Баварии, Свод законов в России и др.) связывали «совершенную», достаточную для осуждения силу признания с наличием ряда условий, по существу сводившихся к подтверждению его другими доказательствами» *(Мещеряков Ю.В.* Формы уголовного судопроизводства, с. 70).

[3] *Арчер П.* Английская судебная система, с. 63.

мой, она придает всем своим элементам интегративные свойства, делающие состязательные и розыскные начала взаимно обусловленными и необходимыми. Коротко говоря, нет состязательности без розыска и розыска без состязательности! Но вытекает ли отсюда, как иногда считают, безусловная необходимость их переосмысления «как будто бы категорий противоположной формы»?[1] Вспомним, однако, что речь идет о типологических основаниях, лежащих в разных понятийных плоскостях, которые пересекаются, но не совпадают. В координатах морфологической системы, то есть с точки зрения *реальной процессуальной формы,* состязательно-розыскные категории действительно не должны восприниматься как противоположности. Они — элементы действующей процессуальной формы, выступающей в качестве единого юридического организма. Внимание концентрируется здесь не на общих закономерностях развития предмета, а на особенном и отдельном, не на поступательном движении, а на колебании и случайности. Напротив, идеальная типология воспринимает историко-национальные особенности лишь как исходный для обобщений материал, а в категориях состязательного и розыскного усматривает то, что отражает в области судопроизводства *главную экспоненту общественного развития, меру возрастания социальной и духовной свободы.* Вместе с тем исследователю часто приходится использовать оба этих подхода одновременно, поэтому за особенностями реальной юридической формы он должен замечать и присутствие в ней идеальной состязательно-розыскной диатомии. Мало того, если состязательное и розыскное начала есть парные категории, они, как и подобает диалектической паре, *всегда* должны присутствовать в *любой* процессуальной форме в пределах ее качественной определенности. Отсюда второй урок, вытекающий из анализа английского судопроизводства. Он состоит в том, что розыскной элемент не следует воспринимать упрощенно, как некий вредный «вирус», некогда поразивший по-детски наивно-жестокий, но в общем-то «демократичный» обвинительный процесс в угоду «реакционным феодалам» и полезный теперь лишь диктаторам да бюрократам. Все обстоит намного сложнее. Розыск во всяком уголовном процессе так или иначе выполняет свою необходимую «черную» работу, без которой — при соблюдении известного условия разумности и действительности — было бы невозможно ни поступательное историческое развитие правосудия в целом, ни его повседневное эффективное функционирование. Требовать полного искоренения розыскного начала из судопроизводства — значит не видеть действительных историчес-

[1] *Мещеряков Ю. В.* Формы уголовного судопроизводства, с. 91.

ких оснований публичности. Ведь не так трудно изгнать бесов из одержимого, как не дать всему стаду броситься в море.[1]

Говоря о *причинах и условиях* формирования исторической формы процесса, также нельзя обходить вниманием эти особенности отношений идеального и морфологического. Однако, как отмечалось ранее, сами по себе идеалбные типы — это только логические модели и в реальном *историческом* процессе выглядят как *виды,* понятие которых есть результат дополнения идеальной типологии сравнительно-*историческим* подходом. Анализ условий существования той или иной исторической формы процесса будет более полным, если это делать на двух взаимосвязанных уровнях — и с точки зрения идеальных видов, и с позиции морфологических процессуальных форм. В частности, для объяснения английского типа справедливы ранее высказанные нами соображения об условиях и последовательности возникновения таких *видов* состязательного и розыскного процессов, как обвинительного (аккузаторного), ассизы, следственного, искового (акционарного). Особо актуальны акционарные — частно- и публично-исковые, процедуры, поскольку локомотив английского процесса, если не считать нескольких розыскных перегонов, прошел уже больше половины пути между частно- и публично-исковыми станциями. В Англии частно-исковой вид судопроизводства господствовал приблизительно с конца XVII по XIX в., имея подавляющее преимущество и над розыскными, и над обвинительными атавизмами. Впрочем, и до этого частное начало было не чуждо здесь уголовно-процессуальным отношениям (непременное участие обвинителя и т. д.), хотя в целом оно служило тогда скорее «вассалом» следственно-розыскного «сюзерена», чем независимым «фригольдером». Но, как уже было отмечено выше, к концу XVII — началу XVIII столетия английский процесс *в основном* уже «переболел» розыском,[2] не говоря уже об обвинительном синдроме.[3] В Англии того времени наиболее полно, как больше нигде и никогда, проявились типологические предпосылки для возникновения частно-искового процесса, а имен-

[1] См.: Евангелие от Марка (5,19). Весьма красноречиво признание бывшего британского лорда-канцлера Брума, который в 1861г. признал: «Всякая система уголовного судопроизводства, не имеющая в составе своем публичного обвинителя, не может быть другой, как только крайне несовершенной...самой жалкой» (цит. по книге: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 411). Но ведь публичный обвинитель возбуждает преследование и расследует преступления ex officio, что является изобретением именно розыска.

[2] Д. Ф. Стифен, полагал, что к середине XIX в. английский процесс уже освободился и от *последних* пережитков розыска *(Стифен Д.Ф.* Уголовное право Англии в кратком очертании, с. 222).

[3] Последний раз призрак обвинительного судилища встал перед смущенными судьями Вестминстера в 1818 г., когда неким Торнтоном, обвиняемым в убийстве, была предпринята попытка решить спор судебным поединком по древнему праву appeal.

но — относительный дефицит социализации *(субсоциализация)* общества в условиях либерализма, отставание внутренней (прежде всего духовной) свободы от свободы экономической и политической, когда публичные институты еще не заслужили полного доверия граждан, предпочитающих (но в то же время и фактически могущих!) полагаться в основном на самих себя.[1] Примечательно, что переход к частной форме уголовного процесса точно совпадает во времени с началом «второй волны» — Промышленной революции XVII—XVIII вв., взорвавшей общество и заставившей его жить в новом, непривычном ритме.[2] Эти «ножницы» между старым, субстанциальным состоянием внутренней духовности и новыми внешними условиями породили уникальный английский индивидуализм — знаменитое: «My house is my castle» (мой дом — моя крепость), для которого судопроизводство — лишь функция частного интереса. «Примирение» индивида со своей же собственной социальной природой в полной мере еще не состоялось, оборотной стороной чего явилась острая потребность в искусственных компенсаторах общественного «мира». В этой связи становится понятным, почему главная частно-исковая система уголовного судопроизводства Нового времени проявляла особую привязанность к институту conservatores pacis — «хранителям мира», или *мировым судьям.* Позднее моду на них вслед за Британией пережили многие другие, в том числе и континентальные страны. С другой стороны, дефицит доверия к публичным институтам обусловил относительную *пассивность суда* в английском процессе, способствовал успеху «общественного» *суда присяжных я* долгой невосприимчивости английского права к институтам *государственного обвинения?* Индивидуализм признает главным образом формальное равноправие тяжущихся сторон, которое дает одинаковые стартовые возможности для судебного спора, а фактически — преимущество сильным; стремление же к фактическому равенству

[1] В какой-то мере схожие условия имели место в античном мире, где также господствовала частно-исковая модель уголовного судопроизводства. Однако жестким *сельскохозяйственным* (по Элвину Тоффлеру) цивилизациям Греции и Рима при внешнем торжестве демократических институтов недоставало либеральности и индивидуализма, по-настоящему развитых лишь Новым временем. Оттого античный частный процесс был лишен возможности развернуться в полную силу. Социальные условия для этого возникли, когда общество было «взорвано» Промышленной революцией, начавшейся в XVII в.

[2] Тоффлер, руководствуясь историко-социологическими соображениями, датирует начало этого периода 1650—1750 гг. *{Тоффлер Э.* Третья волна, с. 40). Как видим, это почти точно накладывается на нашу отправную точку частно-исковой формы процесса — 1670 г., полученную с помощью анализа законодательства.

[3] Только в 1879 г., после сорока лет дебатов, в Англии по закону Prosecution of offences Act был создан специальный институт публичного обвинения — Дирекция публичного преследования.

для него — беспочвенное благодушие. Такой подход долгое время (до 1898 г., когда был принят закон о доказательствах) препятствовал возможности допроса в суде самого обвиняемого, на том основании, что он — сторона, а не свидетель. Это, в случае отсутствия у него необходимых средств на приглашение барристера и вызов свидетелей, было на руку только обвинителю.[1] В силу тех же оснований каждой из сторон, в том числе и уголовному преследователю, интересны только те доказательства и те аргументы, которые обещают им судебный успех.[2] Отсюда — как бы два самостоятельных предварительных расследования в английском частно-исковом судопроизводстве, проводимых параллельно обвинением и защитой. Здесь следует искать и причины обычая сторон скрывать друг от друга «свои» доказательства до самого суда. Тогда же английский процесс сделал для себя еще одно сугубо частно-исковое открытие — достаточность вероятностного обвинения. Это означает, что обвинение может быть основано лишь на вероятностном знании, в том числе при предании суду (priraa facie evidence, доказательство, убедительное на первый взгляд, при отсутствии опровержения). Эта поблажка обвинению,[3] на наш взгляд, также обязана своим происхождением той субсоциализации, которая отличала английское общество эпохи Промышленной революции. Недоверие граждан к власти исключало создание публичных органов уголовного преследования, имеющих полномочия, превышающие полномочия частных лиц. Однако без таких специализированных органов расследования предварительная досудебная подготовка не слишком эффективна, и в заседании суда далеко не всегда возможно восполнить ее недостатки. Именно из-за «отсутствия всякой системы предварительного следствия» (Д. Ф. Стифен),

[1] Вот что писал об английском процессе того времени Д. Ф. Стифен: «Английская система превосходна, пока дело не в деньгах, которые должна платить каждая сторона» *(Стифен Д. Ф.* Уголовное право Англии в кратком очертании, с. 214).

[2] Напрашивается определенная аналогия с социальной ситуацией в России конца XX в., где внутренняя свобода также не поспевала за свободой внешней, результатом чего явились некоторые аналогичные юридические институты (мировые судьи, присяжные), а также плохо поддающиеся объяснению факты снижения, вплоть до полной бездеятельности, активности российских судов и своеобразного синдрома успеха, победы в судебном споре любой ценой, который с пугающей быстротой овладел многими представителями как правоохранительных органов (следователями, прокурорами), так и адвокатуры.

[3] По странному смещению понятий, право обвинителя не доказывать обвинение с полной достоверностью в теории английского судопроизводства считается привилегией обвиняемого (так называемая «привилегия разумного сомнения»). Недоразумение будет рассеяно, если только за точку отсчета принять положение, когда приговор может быть вынесен откровенно на основе предположений. Но это фактически и имело место в розыскной период английского процесса при осуждении обвинительной ассизой, следовавшей молве. По сравнению с этим осуждение «вне разумных сомнений», в самом деле, представляется благом для обвиняемого.

которая, в свою очередь, объясняется субсоциализацией, суд вынужден довольствоваться вероятным, а не достоверным знанием.[1]

Английский уголовный процесс — это легенда. Она состоит в том, что этот процесс чисто состязательный и к тому же частно-исковой[2]. Иногда его именуют даже обвинительным.[3] О присутствии в английском судопроизводстве элементов розыска речь уже шла. Послушаем теперь, какую характеристику дает ему глубокий знаток английского права Джеймс Ф. Стифен: «Уголовный суд английский есть *общественный розыск,* производимый с *целью раскрыть истину* (курсив мой. — А. С), но для вернейшего достижения этой цели облекающийся в форму состязания между обвинителем и подсудимым»[4]. Думается, что Стифен использовал здесь, казалось бы, не вполне подходящий, «инквизиционный» термин «розыск» не случайно — этот литературный прием позволяет эффектно подчеркнуть мысль о *публичном* характере английского состязательного процесса. Попробуем обосновать этот тезис применительно к английскому типу процесса более подробно.

Обычно главный частно-исковой признак усматривают в том, что обвинение может предъявляться и поддерживаться частными лицами.[5] В английском процессе любое, в том числе частное, лицо может подать в суд не обвинительный акт, а лишь *проект* обвинительного акта, который сам по себе не имеет юридической силы. Он становится законным документом только после подписания его судебным чиновником, который прежде должен убедиться, что обвиняемый уже предан суду магистратом после предварительного слушания дела, либо соблюдена процедура предъявления так называемого «стихийного билля», либо что проект подается по указанию Апелляционного

[1] В. Е.Гущев и А. С. Александров видят основную причину формирования английского стандарта «доказанности вне разумных сомнений» во влиянии на правовую идеологию культурологических факторов: англиканской теологии, эмпирической философии Бэкона, Бойля и Локка относительно природы истины, а также других гуманитарных и естественных наук *(ГущевВ. Е., Александров А. С.* Народное обвинение в уголовном суде, с. 71—81). Надо полагать, эти моменты действительно оказывали влияние на выработку английскими юристами критериев доказанности в суде. Однако считать их главными или единственными — значит недооценивать более глубокие причины и закономерности социального развития объективного (цивилизационного и др.) порядка, которые определяют всю идеологию. Теологические и научные идеи выполняли здесь роль передаточного звена. Только знание этих объективных закономерностей позволит осуществлять в отношении предмета исследования прогностическую научную функцию.

[2] См.: *Боботов С. В.* Буржуазная юстиция. Состояние и перспективы. М., 1989. С. 74 и др.

[3] См., например: *Чельцов-Бебутов М. А.*Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 428; *Колиссон.* Неправосудные суды. М., 1961. С. 27.

[4] См.: *Стифен Д. Ф.* Уголовное право Англии в кратком очертании, с. 214.

[5] См.: *Гущев В. Е„ Александров А. С.* Народное обвинение в уголовном суде, с. 82.

суда. «Стихийный» проект обвинительного акта может миновать стадию предварительного слушания, и тогда дело будет рассматриваться по существу, но при условии, если на это будет получено разрешение судьи Высокого суда.[1] Таким образом, право самостоятельного обвинения в английском процессе может быть реализовано лицом лишь при согласии на это государственных судебных органов и под их контролем. В таком случае слова о «великом конституционном праве англичанина *собственной властью* привести в действие уголовный закон»[2] нельзя понимать слишком буквально. Точнее было бы говорить о праве *государственной власти* привести в действие уголовный закон и судебную процедуру по требованию и при активном участии граждан-обвинителей. Но это, собственно, и означает, что мы имеем дело не с частно-, а публично-исковым подходом к процессу. Не так было, например, в античном частно-исковом судопроизводстве, где инициация и ведение дел целиком зависели от усмотрения граждан и «народное» обвинение обслуживало публичные задачи в рамках частно-исковой формы. Немаловажно и то, что обвинения, предъявляемые отдельными гражданами, на практике довольно редки, значительно чаще к праву «народного» обвинения прибегают различные неполицейские агентства, объединения и корпорации, вплоть до предприятий розничной торговли и Королевского общества орнитологов. По существу, это плюралистическая форма выражения того же публичного интереса в уголовном судопроизводстве. Наконец, по большинству обвинений, выдвигаемых частными лицами, в дело вступают полиция и Королевская служба обвинения.[3] Итак, наличие в английском процессе «народного» обвинения свидетельствует не о частной, а о публичной его природе. Публичность видна и в других признаках. Прежде всего это презумпция невиновности и преимущество защиты, обеспечивающие функциональное равенство сторон в условиях, когда обвинение обычно поддерживается государственными обвинителями либо с их участием. В английском процессе вплоть до XVII в. не было презумпции невиновности,[4] что вполне закономерно для частно-исковой формы, но нетерпимо для публичной. Публичный процесс нацелен на установление истины по делу. Как можно видеть из приведенной выше цитаты, Стифен считает эту цель самой сутью «общественного» английского процесса. Как это совместить с утверждением о допустимости в нем вероятнос-

[1] См.: *Уолкер Р.* Английская судебная система, с. 483—486.

[2] Выражение принадлежит английскому судье лорду Кэмбалю. См.: *Кулишер Е. М.* Судебное преследование должностных лиц. М., 1907. С. 25.

[3] *См.: Гущев В. Е., Александров А.С.* Народное обвинение в уголовном суде, с. 83-88.

[4] *Мещеряков Ю. В.* Формы уголовного судопроизводства, с. 29.

тных судебных решений? Здесь опять необходимо учитывать социально-исторические условия формирования данного процессуального типа. В то время как континентальное судопроизводство к XVIII в. окончательно запуталось в казуистике формальных доказательств, английский процесс со свободной их оценкой по рациональному внутреннему убеждению представлялся современникам чуть ли не «ковчегом откровения», который сумел сохранить скрижали истины, разбитые на континенте «Молотом ведьм». «Европейскому обществу, утомленному постоянством опасений перед увеличивающимися подозрительными элементами, которым формальная теория розыскного процесса была бессильна противопоставить неотвратимость репрессии, свободная оценка доказательств представлялась необходимым условием регулярности открытия истины».[1] Можно сказать, что английский процесс предпочел пусть несовершенную, но живую материальную истину истине «совершенной», но формальной. Если это так, то возьмем на себя смелость утверждать, что *материальная истина* является в настоящее время принципом не только континентального, но, объективно, и английского процесса. Только постоянно растущим влиянием принципа материальной истины можно объяснить главную причину наблюдаемого в XX в. повышения активности английских судей, которые на предыдущем (частно-исковом) этапе «славились» своей традиционной индифферентностью. Так, в 20-х годах им было предоставлено дискреционное право истребовать доказательства,[2] а широкий объем полномочий коронного судьи в отношении вердикта присяжных даже дал повод некоторым авторам предположить, что английское жюри фактически состоит не из присяжных, а из шеффенов.[3] Вместе с тем достаточно вольное обращение английской теории доказательств с материальной истиной наводит на мысль, что путь от частно-искового строя к публичному пройден данным типом процесса не до самого конца. Но

[1] Там же, с.73. Вместе с тем можно понять данного автора таким образом, что интерес европейского континента к состязательной идеологии с конца XVIII — XIX в. был обусловлен лишь ростом преступности по следующей логической цепочке: увеличение «подозрительных элементов» — развязывание против них рук юстиции путем снятия формальных ограничений и предоставления ей права судить по внутреннему убеждению — материальная истина и независимость суда. Рост преступности, связанный с маргинализацией населения при переходе к индустриальному обществу, действительно мог дать сильный довод для перехода к свободной оценке доказательств с целью гарантировать раскрываемость преступлений. Но главная причина была все-таки в другом — публичная состязательность стала к этому времени общественно необходима для развивающегося гражданского общества, и именно это повлекло за собой свободную оценку и независимость суда, а не наоборот.

[2] См.: *Мещеряков Ю. В.* Формы уголовного судопроизводства, с. 26; *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 431.

[3] См.: *Миттермайер К.* Уголовное судопроизводство в Англии, Шотландии и Северной Америке, с. 44—46.

как бы то ни было, в целом все же можно утверждать, что он стремится не к частно-, а к публично-исковому идеалу. Индустриальное общество, взяв старт в конце XIX — начале XX в., ликвидировало эгоцентрическую субсоциализацию, *«примирив»* людей с необходимостью синхронно (и в то же время каждому в пределах своей узкой специализации) двигаться по «стандартной жизненной траектории» под контролем корпораций, государства и других общественных институтов.[1] Этому в области судопроизводства соответствуют повышение роли развитой статутной (законодательной) регламентации, которая затмила общее право, возникновение полицейского дознания и государственного обвинения (практически вытеснивших из процесса частных обвинителей), письменности,[2] рационализированного суммарного производства и т.д. Все это приметы публичного уклада судопроизводства.

Возникает вопрос, почему именно английскому суду «посчастливилось» пройти последовательно и полно все логические фазы развития состязательной идеи: обвинительную, частно-исковую и публично-исковую? Ведь на европейском континенте частно-состязательная форма уголовного процесса не доминировала ни в средние века, ни в Новое, ни в Новейшее время. Ответ очевиден — в Англии в силу ряда уникальных исторических условий общественное развитие значительно раньше, чем в других странах, пошло по пути гражданских вольностей и либерализма.[3]

Этот либерализм, понимаемый как признание гражданских, политических и экономических свобод, есть закономерный итог того перманентного компромисса, который называется историей Англии. Сначала компромисс был вынужденным, этно-политическим, поскольку после нормандского завоевания XI в. на весьма ограниченной территории острова[4] должны были мирно сосуществовать две разные группы — немногочисленная франконормандская элита и прежнее англосаксонское население. Их соприкосновение сделало жизненно актуальной такую важнейшую форму управления, как судопроизводство через разъездных королевских (нормандских) судей и местное (англосаксонское) предъявительное жюри, постепенно вытеснившую манориальную (вотчинную) юстицию и давшее впоследствии суд присяжных. Именно этими судьями была создана система общего для всей страны «судейского» права

[1] *Тоффлер О.* Третья волна, с.68.

[2] Одним из проявлений письменности в английском процессе может служить так называемое предание суду «без рассмотрения доказательств», когда все доказательства состоят из письменных заявлений.

[3] Переход к либеральной (универсальной) цивилизации рассматривается многими как общая, глобальная и всеисторическая закономерность. (См.: *Алексеев С. С.* Право. Азбука, теория, философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 444—445).

[4] Историческая территория собственно Англии составляет 131 тыс. кв.км. Это меньше, чем совокупная площадь всего лишь двух современных областей России — Ленинградской и Новгородской (85,9 и 55,3 тыс. кв. км.).

(common law), определившего неповторимое своеобразие английской юстиции.[1] В дальнейшем компромисс приобрел чисто политические формы. Бурный и неконтролируемый рост королевской власти на «закваске» нормандского завоевания был скоро и грамотно приостановлен баронами («Великая хартия Вольностей» 1215 г.), что положило начало ограничению власти монарха и формированию в XIII—XIV вв. сложной формы управления, согласующей права короля с правами «общин», члены которых привыкли ставить во главу угла свои права, подкрепленные обычаем, законом и судом. В этих условиях частно-исковой характер процесса являлся гарантией прав и вольностей подданных. Этот компромисс также способствовал дальнейшему становлению суда присяжных как суда «равных», отделению его от большого жюри, которое охраняло права членов общин, контролируя вопрос о предании их суду. Был введен институт не оплачиваемых государством (а значит, ничем ему не обязанных) мировых судей, назначавшихся из представителей мелкопоместного дворянства— gentry[2] и т.д. В Новое время компромисс земельной аристократии и буржуазии способствовал дальнейшему распространению социальной базы гражданских свобод, результатом чего в судебной сфере стала процедура Habeas corpus (1679). Благодаря ей, по словам Уильяма Блэкстона, было установлено «надлежащее равновесие между свободой и прерогативой».[3] В дальнейшем, особенно после реформ Викторианской эпохи (1837-1901), либерализм, переступив узкие рамки фритредерства, стал, наконец, практической идеологией *свободы личности.* Именно ей английское судопроизводство обязано презумпцией невиновности, правом обвиняемого не отвечать на вопросы (1827), допуском по всем уголовным делам защитника (1836), институтом освобождения под залог и личное поручительство, упорядочением процедуры производства ареста (1849), правилами об исключении доказательств (hearsay и т. п.), возможностью апелляционного пересмотра обвинительных приговоров (1907). С другой стороны, медаль, присвоенная английскому судопроизводству «за либерализм», имеет и оборотную сторону. Либеральная состязательность в суде, предоставленная сама себе, никогда не смогла бы обеспечить в современных условиях эффективную борьбу с преступностью, поэтому противовесом ей служит неформализованное и потому максимально свободное полицейское дознание. Для английских условий можно сформулировать максиму: чем состязательнее суд, тем свободней полиция. Однако при этом надо учитывать, что «свобода полиции» сама должна быть гарантирована политически — иначе есть опасность, что баланс между правами человека и безопасностью общества будет нарушен в пользу авторитаризма. Поэтому непроцессуальное полицейское дознание может быть допущено только там, где есть сильное гражданское общество, опирающееся на исторические традиции, которые стали частью национального менталитета. Там же, где названных условий нет или

[1] «Отправление правосудия перешло в руки королевских чиновников, переезжавших с места на место, — пишет П. Арчер, — и история создания ими общего права есть история упадка местных судов» *(Арчер П.* Английская судебная система, с. 119).

[2] Примечательно, что мировые судьи сознательно отказывались от получения вознаграждения за службу, вытесняя таким образом с этой должности юристов, назначаемых короной (см.: *Чельцов-БебутовМ.А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 339). Общественный характер деятельности мировых судей — чисто английская «изюминка». На континенте также делались попытки обеспечить общественный «мир» при помощи этого института, но мировые судьи здесь были в основном государственными чиновниками.

[3] *Блэкстон У.* Комментарии к законам Англии.1765. Цит. по кн.: *Дерюжинский В. Ф.* Habeas corpus Act и его приостановка по английскому праву. Юрьев. 1895. С. 78.

они недостаточны, не обойтись без формализованного предварительного расследования, детально регламентированного уголовно-процессуальным законом.

Именно названные неповторимые исторические особенности послужили факторами, определившими индивидуальное лицо английского судопроизводства. Некоторые из его институтов были успешно заимствованы другими легислативными системами (например, процедура habeas corpus), однако перенять английский тип в целом не удалось никому, за исключением стран общего права с англо-саксонским, по своим этническим корням, населением. Этот порядок судопроизводства уникален, а рецепция его невозможна, так же как невозможно заново прожить английскую историю.

§ 3. ФРАНЦУЗСКАЯ ФОРМА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Если английский процесс можно назвать «fantasy» в мире юстиции, то французский тип — это классика судебного дела. Помимо Франции он служит исходной моделью для построения уголовной юстиции в Бельгии, Италии, Испании, Португалии, государствах Латинской Америки, Люксембурге, Нидерландах, франкоязычных африканских государствах и некоторых арабских странах, находящихся под влиянием Франции, таких как Алжир и Тунис. Она завоевала большинство государств Восточной Европы, Индокитая и Японию, оказывает традиционное влияние на законодательство России. Именно эта форма имеет в современном мире наибольшее распространение. Благодаря этому многие проблемы мирового уголовного процесса коренятся в истории французского судопроизводства — следовательно, без ее анализа решение этих проблем может быть сильно затруднено.

Исторически в развитии французского уголовного процесса можно выделить шесть этапов.

1. Первый этап — *франкский* (VI—VIII вв.). Применялось обвинительное судопроизводство с использованием ордалий — так называемый *мальберг.* Обычно он возглавлялся назначаемым королевской властью графом и включал также «судных мужей» — рахимбургов, или скабинов.[1] Практически ничего из этой судебной формы не сохранилось во французском процессе современного типа.

2. Второй этап, продолжавшийся, примерно, с IX до XIII в., можно охарактеризовать как *феодальный.* Ему соответствует обвинительный процесс в форме «суда равных», или «пэров»| Вассальные отно-

[1] Рахимбурги (скабины) тождественны *шеффенам* — старому германскому судебному институту, который (в его современной интерпретации) сейчас применяется во французском процессе под эвфемизмом «суда присяжных». Однако говорить о том, что это результат непосредственного влияния на современный французский процесс древних германских форм, не приходится, так как УПК Франции 1958 г. в этой части явно заимствовал немецкий юридический опыт XX в.

шения, пронизавшие к тому времени всю толщу средневекового общества, породили сложный социальный организм, своеобразный «порядок силы», в котором связь «сильных» могла быть только связью *равных.* «Сильный» не лишался своей силы, становясь вассалом, — напротив, сюзерен как бы делился с ним своей силой и одарял своим покровительством, делал равным себе. Именно за это вассал приносил сюзерену ответный «дар» — преданность и службу. Но наряду с «порядком силы» феодализм знал и «порядок дела», когда каждый человек имел *свое* освященное обычаем право, будучи предназначен молитве, ратному делу или физическому труду. Так складывались связи «равных» не только по вертикали, но и по горизонтали (общины, цеха и гильдии, корпорации, монашеские и рыцарские ордена, средневековые университеты и т.д.).[1] Не удивительно^ящсудопроизводство также приобретает в этот период форму гласног-оад состязательного «суда равных», созываемого под эгидой сеньораЛЗсеобщим является убеждение, что всякий свободный человек имеет право быть судимым лишь равными себе.[2] Естественно, что «порядок силы» всем другим средствам доказывания предпочитает судебные поединки, которые в светских судах совершенно уничтожают ордалии. «С введением судебного поединка, — говорит Монтескье, — ордалии упразднились»[3]. Средневековая идея *суда равных* не канула в Лету, она имела существенное продолжение в дальнейшем — сначала трансформировавшись в *enqueste du pays,* то есть «расследование через местных людей»,[4] имевшее наибольшее распространение на севере Франции, а затем, после добротной английской переработки, вернувшись во Францию уже в конце XVIII в. в форме классического *суда присяжных.*

[1] См.: *Чернышев А.* Средние века. // Всемирная история. Энциклопедия. М, 1993. С. 206—207.

[2] Эта форма, по-видимому, не распространялась на крепостных сервов, в отношении которых их владелец осуществлял уголовно-административную расправу. К началу XIII в. для простолюдинов «суд равных» в чистом виде уже применяется редко. На смену ему приходит дознание enquete du pays, включавшее сильную примесь розыскных элементов.

[3] *Монтескье.* О духе законов. СПб., 1900. С. 530—531.

[4] Enquete (enqueste) du pays — скорее всего, завезено во Францию, как и в Англию, норманнами. Правда, при Карле Великом был введен институт missi dominici (миссия, или посланцы государя), напоминающий разъездных судей. По некоторым данным, посланцы также опрашивали под присягой представителей местных общин о подозреваемых в преступлениях. Эта судебная форма называлась inquisitio. Впрочем, осуществлялась она не регулярно, а лишь время от времени. Следует также учесть, что основная функция королевских посланцев (missi) была не судебной, а контрольно-инспекционной по отношению к местным властям. Нельзя совершенно исключать и того, что судебная сторона деятельности посланников короля была не результатом собственного правотворчества франков, а заимствованием уже имеющегося судебного опыта у сородичей.

3. Третий этап — это начало рецепции на местной почве римского процессуального права, своего рода французский судебный ренессанс. Он может быть датирован примерно XIII—XIV столетиями. Это время, когда в стране начинают складываться сословно-представительная монархия и внутренний экономический рынок, когда крепнет национальное самосознание^ когда с «заколдованного» мира средневековья, словно на апокалиптических полотнах Дюрера и Эль Грею, снимается «седьмая печать» и он начинает постепенно пробуждаться от многовекового сна./Суды заполняются *легистами* — профессиональными юристами, знатоками римского права, изучившими его в недавно открывшихся университетах.[1] Королевская власть претендует на роль выразителя «общей воли» сословий. Одной из основных предпосылок политического могущества стало обретение ею высшей юрисдикции, носителем которой был королевский суд, называвшийся во Франции «парламент». Он сделался верховной апелляционной инстанцией по отношению ко всем другим судам (сеньориальным, церковным и коммунальным). Однако пересмотр их приговоров судебным парламентом фактически мог состояться лишь при условии, что в деле имеются *записи показаний,* а не просто репортажи о результатах судебных поединков или ордалий, ибо записи, сидя в Париже, еще можно оспорить, а вот «волю Божью» уже нельзя. Еще в 1215 г. Латеранский собор католической церкви объявил неприемлемым применение ордалий, а в 1260 г. Людовик IX Святой запретил в своем домене судебный поединок как средство доказывания и оболживления приговоров. Вместо этих «старых и добрых» способов суду теперь приходилось заниматься новым и ответственным делом — выносить приговоры *по внутреннему убеждению, на основе показаний свидетелей, призванных состязающимися сторонами.* С этим, конечно, лучше всего могли справиться профессионалы-легисты. Феодальный «порядок силы» в это время уступает ведущие позиции «порядку дела» — вертикальные связи вассалитета-сюзеренитета как бы тускнеют перед набирающими силу корпоративными отношениями сословий, уже имеющих каждое свой, освященный обычаем и законом, правовой статус.[2] Формирование общегосударственных сословий до поры сдерживало притязания королей на неограниченную власть по формуле позднего римского права: Quod principi placuit, legis habet vigorem *(лат.)* — что угодно государю, да имеет силу закона. Государева власть уже достаточно сильна для того, чтобы стать последней инстанцией в *споре сторон,* но все же она

[1] Парижский университет был основан в 1150 г., еще раньше, в 1088 г., — Болонский в Италии, возникший на основе знаменитой школы *глоссаторов* — комментаторов римского права.

[2] См.: История Европы. Т. II. Средневековая Европа. С. 502—504.

пока не в состоянии одновременно с судебной функцией принять на себя ex officio и роль уголовного преследователя. Именно эта промежуточная эпоха, этот нетвердый социально-политический баланс дали тот всплеск частно-искового начала во французском уголовном процессе, который, как мы говорили ранее, всегда бывает связан, с одной стороны, с некоей либерализацией общественной жизни^а с другой — с пробуждением духовного самосознания личности.

. Свободная оценка доказательств, запрет на смешение состязательных функций, равенство сторон, стадия досудебной подготовки {*лат.* injure — *фр.* inqueste), возможность решения судьей дела с участием сторон уже в подготовительной стадии в случае признания обвиняемым своей виновности, а также при задержании его на месте преступления {*лат.* in flagrante delicto — *фр.* flagrant delit), прения сторон в судебном разбирательстве и т.д. — все это были новые и ранее неизвестные прежним кутюмам институты судопроизводства, источником которых являлось классическое римское право. В них общественная потребность нашла для себя готовые и адекватные судебные формы частно-искового порядка^Максимы этой состязательной юстиции проникают даже в источники обычного права. Так, Бомануар,[1] говоря в своем сборнике «Кутюмы Бовези» о французском правосудии второй половины XIII в., в главе 67 «Как следует судить» отмечает: «Согласно нашим кутюмам, никто не может быть судьей в своем суде и по своему делу... Решение суда ничего не стоит, если оно было вынесено в отсутствие сторон». Причем одним из важнейших доказательств он, помимо поединка, уже называет и доказательство при помощи свидетелей. «Свидетели, — говорит Бомануар, — должны показывать перед всеми» (§ 1149 главы 39 «О доказательствах...»).[2] Вместе с тем некоторые заимствووования делаются из римского права императорского периода — апелляция, единоличное рассмотрение дел судьей (во Франции — это бальи, заменившие в течение XIV в. суды пэров).[3]

Частно-исковой процесс этого периода, обозначавшийся термином accusation par partie formee,[4] отличается рядом особенностей. Во-первых, он сосуществует сначала со старыми, отживающими обвинительными формами, основанными на судебном поединке, а затем и с новыми, только нарождающимися порядками инквизицион-

[1] Бомануар, Филипп де Реми (1250—1296) —один из крупнейших средневековых юристов, автор сборника северофранцузского обычного права «Кутюмы Бовези».

[2] *Бомануар Ф.* Кутюмы Бовези. // Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. С. 106, 108.

[3] См.: *Монтескье.* О духе законов, с. 570.

[4] То есть форма судопроизводства, осуществляемая через обвинение, поддерживаемое стороной.

ного процесса.' Во-вторых (и это главное), именно в нем делается открытие непреходящего значения — наряду с частным обвинителем появляется ранее неизвестная мировому судопроизводству фигура *прокурора/'которого* Марат совершенно незаслуженно назвал «язвой судейского сословия»[2]. Как заметил И.Я. Фойницкий, во Франции королевские прокуроры и адвокаты встречаются уже с XIII в., «но окончательное развитие этот институт получает в XVI—XVII вв.».[3] Интересно, чем же занимались эти «люди короля» (gens du roi) в промежутке между названными датами? Ответ прост: они представляли интересы короны (прежде всего фискальные) в частно-исковом уголовном судопроизводстве, точно так же, как в английском и американском процессе сейчас это делают государственные атторнеи, а в шотландском лорды-адвокаты, то есть доктринально *наравне* с частными лицами. «Исторически, таким образом, прокуратура представляется младшей сестрой адвокатуры и принадлежит к одной с ней семье».[4]"В самом деле, прокурор еще в начале XIV в. обладал почти теми же самыми полномочиями, что и адвокат, то есть был стороной в деле.[3] Однако к концу столетия его полномочия несколько расширяются в сторону публичности: теперь он по собственной инициативе или на основе доноса проводит неофициальное тайное расследование — information, после чего принимает решение о возбуждении уголовного преследования обвиняемого перед судом бальи или парламента. Однако никаких судебных и принудительных функций прокурор при этом не выполняет, его действия в целом пока еще остаются в пределах состязательной формы^ТВ сущности, институт прокуратуры родился на свет как процессуальное воплощение традиционного феодального дуализма, принявшего в сословно-представительной монархии форму своеобразного политико-правового «раздвоения личности» — королевский суверенитет примеривался к «шапке Мономаха» абсолютизма, больше всего на свете опасаясь, что его поймают за этим занятием; отсюда максима — сеньор сам не судит и не ищет в своем суде. Судит и ищет якобы не он, а его люди, gens du roi.

О том, что данный этап в развитии французского уголовного процесса не химера, говорит и то обстоятельство, что порожденные им процессуальные формы были перенесены и как бы законсервирова-

[1] Так, Бутийе, писатель конца XIV в., автор сборника кутюмов «Somme rurul», наряду с преследованием преступлений в силу обвинения называет также преследование в силу денунциации, поимки с поличным и в силу общей молвы (см.: *Чепьцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 232).

[2] *Марат Ж. П.* Памфлеты. М., 1934. С. 478.

[1] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства Т. II. С. 504.

[4] Там же.

[5] См.: *Чельцов-Бебутов М.А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 231.

ны в другой, казалось бы, совершенно не подходящей для этого стране. Однако именно в данный период страна эта была особенно тесно ориентирована на союз с Францией, что, собственно, и дает нам основания делать такое утверждение. Речь идет о Шотландии[1] и ее уголовном процессе, который до известной степени можно считать «моментальной фотографией» французского судопроизводства того времени.[2] В самом деле, в Шотландии существует право частного обвинения, которое до конца XVI в. активно использовалось частными лицами. Затем на практике уголовное преследование в большинстве случаев стали возбуждать прокуроры-фискалы (procurator fiscal), подчиненные лорду-адвокату и сами являющиеся скорее адвокатами на службе у государства, чем настоящими чиновниками.[3] После проведения ими дознания лорд-адвокат решает вопрос о предании суду, где прокурор поддерживает обвинение. Вся стадия предварительной судебной подготовки сводится к получению обвинительной петиции или жалобы и удовлетворению просьбы обвинителя о выдаче приказов на арест, обыск, привлечение экспертов и т.п. Публичного предварительного следствия в Шотландии нет.[4]

Однако в самой Франции частно-исковая форма не сумела занять достаточно прочных позиций и вскоре была поглощена инквизиционным приливом. Остались лишь отдельные ее островки, такие как институт непосредственного вызова обвиняемого в суд прокурором (citation directe), вошедший в «золотой фонд» французской модели уголовного судопроизводства.

4. Четвертый этап формирования французского типа процесса выпал на XV—XVI вв. Это период, когда принимаются мартовский ордонанс 1498 г. Людовика XII, эдикт 1539 г. Франциска I. Хрестоматийным является мнение о том, что благодаря этим законам во Франции воцарился инквизиционный порядок судопроизводства.[5] Действительно, эти законы предусматривают так называемый *экстраординарный* порядок, в ко-

[1] Со времен Филиппа IV Красивого французские короли помогали шотландским в борьбе с Англией за независимость. В Столетней войне (1337—1453 гг.), время которой в значительной степени совпадает с рассматриваемым нами периодом, шотландцы приняли сторону Франции. Традиции этого франко-шотландского союза просуществовали вплоть до XVII в. (Всемирная история. Т. 9. Начало возрождения. Минск, 1996. С. 73.).

[2] Показательно в этом отношении название изданной в Шотландии книги: A.V. Sheehan. Criminal procedure *in Scotland and France* (курсив мой. — А. С). Edinburg, 1975.

[3] Так, они пользуются несменяемостью, но еще в конце XIX — начале XX в. получали не жалование, а гонорар за каждое дело (см.: *Фойницкип И.Я.* Курс уголовного судопроизводства, Т.П. С. 506).

[4] См.: *Апарова Т. В.* Суды и судебный процесс Великобритании. М, 1996. С. 148—149.

[5] См.: *Фойницкип И. Я.* Курс уголовного судопроизводства Т. I. С. 25; *Полянский Н.Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса, с. 27.

тором отчетливо видны розыскные признаки, в первую очередь совмещение уголовного преследования с судебной деятельностью: судья вправе возбудить дело не только по жалобе потерпевшего или требованию прокурора, но и по собственной инициативе, сам (или через сержантов) может проводить дознание (information), суммарный допрос обвиняемого, а затем предварительное следствие, председательствовать в судебном заседании при вынесении приговора. Широко применяется пытка. Но и так называемый *ординарный* порядок (enqueste du pays), к которому можно было прибегнуть до начала предварительного следствия, предусматривал негласный, в отсутствие обвиняемого допрос судьей свидетелей из состава жюри. Это говорит о том, что и при ординарном производстве перед нами все тот же розыск, только в более архаичной форме ассизы.

Есть две интересные особенности этого процесса. Во-первых, он явно пытается следовать образцам римского судопроизводства. Само деление процесса на ординарный и экстраординарный, преследование преступлений судьями-магистратами ex officio, допрос обвиняемого и свидетелей по семи знаменитым пунктам (кто, что, где, когда, с какой целью, каким образом и с чьей помощью совершил) были изобретениями римского права императорского периода,[1] прочно усвоенными французским инквизиционным процессом. Точно так же пытка — результат влияния римского права,[2] которое разрешало ее применение сначала к рабам, а при императорах и к свободным подданным. Вместе с тем имеются также признаки заимствования общей структуры судопроизводства, которая сформировалась в Риме еще раньше, в I в. до н. э. В римском суде *постоянных комиссий* существовало предварительное следствие — in jure, где судья по поручению претора также мог проводить предварительное исследование по делу, а затем и председательствовать в судебном разбирательстве. В ходе предварительной стадии in jure судья кратко допрашивал обвиняемого о том, признает ли он себя виновным в совершении преступления, и если нет, то какие доказательства своей невиновности может представить. В случае признания обвиняемым своей виновности либо когда обвиняемый был задержан на месте преступления (in flagrante delicto), претор имел право вынести приговор уже на стадии injure. При отрицании виновности принимались меры.к собиранию других доказательств для судебного разбирательства.____.-

Аналогичные этапы можно заметить и во французском процессе рассматриваемого периода, к которым добавляется только негласное

[1] См.: *Чельцов-БебутовМ. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 153—154.

[2] См.: *Helie F.* Traite de Pinstuction criminelle, ou Theorie du Code d'instruction criminelle. V. I. Paris, 1845. P. 326—327.

дознание information, или, как его еще называют, inquisitio generalis *(лат.)* — общее расследование, ставящее своей целью установление лица, совершившего преступление.[1] Затем следовал этап, называемый summaria *{от лат.* summarium — краткое изложение дела), на котором подозреваемый *при первой явке* к судье подвергается сокращенному допросу по тем же обстоятельствам, что и в римской стадии injure. В случае признания им виновности и при отсутствии возражений прокурора и гражданского истца судья здесь же выносил обвинительный приговор. В случае возражений дело рассматривалось в ординарном порядке enqueste du pays. Если же суд полагал, что к ординарному порядку прибегнуть невозможно, начинался следующий этап — формальное следствие, или inquisitio specialis, где производились *очные ставки* обвиняемого со свидетелями обвинения, допросы и т.д. Причем очные ставки являлись весьма важным моментом процесса, по сути предъявлением обвинения, когда обвиняемый впервые подробно знакомился с существом обращенных против него доказательств.[2] После окончания формального следствия дело переходило в итоговую стадию рассмотрения в судебном заседании с целью вынесения приговора. Вместе с тем следует отметить, что на данном этапе римское процессуальное право было рецептировано больше в его позднем, розыскном варианте, чем в республиканском. Горизонтальные состязательные отношения, имманентно присущие классическому римскому праву и устоявшие в античном суде несмотря на инквизиционную реконструкцию, лишь начатую, но не завершенную в императорскую эпоху, при французском абсолютизме были еще решительнее редуцированы и заменены, хотя и не полностью, вертикальными розыскными связями. Причем эта подмена была освящена авторитетом католической церкви. Римский процесс был, так сказать, поставлен в средневековой Европе «на попа». Но одновременно это создавало потенциальную возможность легко вернуться в «правильное» положение — достаточно лишь перевернуть всю конструкцию, что и было со временем успешно проделано. Правда, не во Франции, а по другую сторону Ла-Манша.

Нетрудно заметить, что полученный на данном этапе процесс весьма напоминает по своей структуре английский. Видимо, в этот период французское судопроизводство явилось источником вдохновения для английских законодателей. Как уже отмечалось в предыдущем параграфе, негласное прокурорское дознание — information под тем же названием превращается в английском судопроизвод-

[1] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 26; *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса, с. 605.

[2] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 238—242.

стве в *заявление об обвинении.* В английском и особенно американском судебном обиходе есть этап, близкий по своим задачам summaria с ее первоначальным кратким опросом обвиняемого, — это initial appearance, что значит *первая явка* обвиняемого к судье. Inquisitio specialis с его очными ставками обвиняемого со свидетелями обвинения находит аналог в английском предварительном следствии — preliminary enquiry,[1] которое с XVI в. проводят там мировые судьи. Причем, как уже отмечалось ранее, первоочередной задачей мировых судей было в тот период зафиксировать обвинительные доказательства и только затем показания свидетелей, представленных обвиняемым.[2] Примерно в той же последовательности решает этот вопрос эдикт 1539 г.[3] Как и во Франции, но несколько позже, в Англии появляются *адвокаты* (во Франции с XIII в[4] в Англии около 1340 г.),[5] которые разделяются на высший и низший разряды — барристеры, с одной стороны, атторнеи и солиситоры (с XV в.), с другой (соответственно *фр.* avocats — avoues, *древнеримск.* patroni — advocati и laudatores).

Итак, именно в это время французский процесс оказывает наибольшее влияние на формирующуюся тогда же английскую модель. Причина этого видится в том, что французские легисты раньше английских сумели освоить востребованные временем нормы римского права. Однако, справедливости ради, следует заметить, что англичане умудрились импортировать к себе в основном элементы классического римского судопроизводства, относящиеся к концу классического республиканского периода, в остальных же заимствованиях сумели либо существенно ослабить розыскное содержание (information), либо выхолостить его совсем (отсутствие пытки и формальных доказательств на preliminary enquiry). Поэтому английский «бархатный» розыск смог продержаться только одно столетие, в то время как во Франции «Моисеев закон»[6] царил до самой революции.

[1] Симптоматично, что в сочинении «Somme rural», написанном еще в 1390 г., Бугийе называет аналогичную процедуру явно родственным английскому термину *«enquiry»* (спрашивать, наводить справки) словом *«inqueste»* (от *лат.* ingue — говорить). (См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 232).

[2] До сих пор главным назначением preliminary enquiry считается исследование обоснованности обвинения. Правда, защита не обязана представлять здесь свои доказательства, хотя и может это сделать в любой момент.

[3] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 242.

[4] См.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства Т. I. С.474.

[5] См.: *Уолкер Р.* Английская судебная система, с. 279.

[6] Оправдывая введение в церковных судах инквизиции, римский папа Иннокентий III в декреталии 1205 г. ссылался на библейский Закон Моисеев.

5. Пятый этап, влияние которого на современный тип французского процесса заметнее, нежели всех предшествующих, связан с принятием в 1670 г. при Людовике XIV Большого уголовного ордонанса. Этот этап продолжался вплоть до Великой французской революции, то есть до 1789 г. Ордонанс примечателен, во-первых, тем, что вводит элемент нового, *следственного* вида розыскного процесса, а именно более последовательно отделяет следственную функцию от собственно судебной. Если ордонанс 1498 г. и эдикт 1539 г. считали за общее правило, что предварительное следствие производится тем же самым судьей, который в дальнейшем председательствует в судебном разбирательстве и выносит приговор, то по закону 1670 г. дело окончательно разрешается на основании доклада одного из членов суда. Это означает, что следственный судья больше не доминирует при вынесении приговора, а процесс получает определенные (хотя далеко не полные) гарантии против обвинительного уклона, неизбежного при совмещении функций. В этот период сохраняются и некоторые инквизиционные признаки, например пытка. Таким образом, ордонанс 1670 г. сыграл роль переходного звена между инквизиционной и следственной разновидностями розыска. Тем не менее появление фигуры следственного судьи — одно из наиболее существенных приобретений французского процесса, которое, наряду с уже знакомыми нам институтами, такими как участие прокурора и апелляция, имело далеко идущие последствия, определив в дальнейшем особенности его морфологического типа. Во-вторых, Большой ордонанс ликвидировал те немногие остатки состязательности, которые еще сохранялись в уголовном процессе XV—XVI вв. Суммарный этап в нем как бы «смазан» и сводится к общему допросу обвиняемого без предъявления обвинения.[1] Поэтому и признание обвиняемым виновности на этом этапе уже не служит основанием для окончания процесса, как это было бы положено по частно-исковым по своему характеру правилам, сохранявшимся в ордонансе 1498 г. и эдикте 1539 г. Отныне дефицит состязательности на предварительном расследовании будет главной бедой французского типа уголовного судопроизводства.

6. Последний, шестой этап — почти современность. Здесь окончательно оформляются типологические особенности модели, которая послужила объектом заимствования для большинства существующих стран мира. В основном на протяжении XIX в. выковывается классическая форма процесса, ко!орый, с точки зрения идеальной типологии, является смешанным, следственно-состязательным. Основ-

См.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса, с. 605.

ной тон здесь был задан наполеоновским Кодексом уголовного следствия (Code d'instruction criminelle) 1808 г. Последующие законы (1856, 1863, 1865, 1897, 1932—1935 гг.) и даже Уголовно-процессуальный Кодекс 1958 г. с последующими изменениями (1963, 1972, 1978, 1980, 1983, 1985 гг.)[1] не внесли каких-либо принципиальных новаций, кардинально меняющих его типологическую сущность.[2] Л"очная характеристика последней была дана И. Я. Фойницким. «Итак, — писал он, — сосредоточение в одних руках обязанности собирать доказательства по делу и права постановлять судебные определения, необходимые для исследования; письменный характер производства и канцелярская тайна, причем, главным образом, от обвиняемого скрываются обнаруживаемые исследованием данные; отсутствие права на так называемую формальную защиту; преобладающая роль обвинительных органов и обширные права судебной полиции, с которой солидарен судья и протоколам которой придается сила судебного доказательства, — таковы характерные черты предварительного следствия по французскому уставу 1808 г.».[3] Данный диагноз по прошествии более чем ста лет можно поправить только в одном — права обвиняемого и защитника на предварительном следствии были существенно расширены, они получили здесь возможность знакомиться с материалами дела, ходатайствовать о производстве следственных действий, обжаловать в апелляционном порядке ряд следственных решений) Как отмечал И. Я. Фойницкий, французское уголовное производство «распадается на две последовательные части: следствие (instruction) и суд (jugement). Каждая из них основана на самостоятельных и *друг другу противоположных* (курсив мой. — *А.* С.) началах. Следствие принадлежит судебной полиции, имеющей во главе прокуратуру и включающей в себя следственных судей,сунаследовавших власть дореволюционных судебных лейтенантов. . .»[4] Французские авторы любят повторять, что главной идеей уголовного процесса после принятия Code d'instraction criminelle 1808 г. является отделение функции уголовного преследования от *функции расследования* и разрешения уголовных дел по существу. Считается, что это обеспечивает беспристрастность судей, так как они при таком разделении не связаны участием в обвинительной дея-

[1] См. об изменениях во французских УПК 1808 г. и 1958 г.: *Боботов С. В.* Правосудие во Франции, с. 20—25, 131, 158.

[2] Так, официальный докладчик по проекту нового УПК (1958 г.) признал, что комиссия по кодификации не сумела добиться «коренной реформы процессуальных норм» и остается приспосабливать их к новымусловиям путем «адаптации» (см. об этом: *Боботов С. В.* Правосудие во Франции, с. 26—27).

[3] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства Т. II. С. 365.

[4] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства Т. П., С. 361.

тельности.[1] В общем, французская теория исходит из того что современный французский процесс руководствуется принципом состязательности, «который пронизывает все стадии процесса и служит надежной гарантией прав обвиняемого».[2] Однако при ближайшем рассмотрении оказывается, что это сказано слишком сильно. Здесь, по-видимому, тот случай, когда желаемое выдается за действительное. Состязательному судопроизводству из перечисленных выше известны только функция уголовного преследования и разрешения дела (юстиции). *Функция расследования,* как было установлено нами ранее, есть неотъемлемая принадлежность розыскного процесса. Соединение «в одних руках исследования и права постановлять необходимые при этом определения судебного свойства (о задержании обвиняемого, об обысках и т.п.)»[3] — это, по существу, совмещение уголовного преследования и юстиции. Возбуждая уголовное дело или принимая его к производству, осуществляя розыск и арест преступника, обыски и выемки, следователь неизбежно становится сначала *уголовным преследователем* и только потом — судьей, ибо задача изобличения преступника *логически* первородна. Французский законодатель пытался избежать этого зла, облачая следователя в судейскую мантию или выводя его из кадрового состава судебной полиции, как это сделал Кодекс 1958 г. Однако пока в деятельности судьи остается следственная составляющая, одних организационно-штатных мер всегда будет недостаточно для перехода к подлинной состязательности. Перефразируя английскую юридическую поговорку, можно добавить, что правосудие должно не только представляться правосудием, но и совершаться как правосудие! С точки зрения соотношения функций, предварительное следствие во французском процессе остается следственно-розыскным. Допуск сюда защитника и расширение прав обвиняемого сами по себе проблемы не решают, поскольку реализация этих прав поставлена в сильную зависимость от усмотрения dominus litis, господина процесса — судебного следователя. И если он хотя бы одной ногой стоит на почве обвинения, то и легион защитников не сделает из розыскного «перпендикуляра» состязательный «треугольник».

С точки зрения принципов процесса положение иное — французское предварительное следствие представляется смешанной процедурой, поскольку следственно-розыскные принципы единства,

[1] См.: *GarraudR.* Traite tfieorique et pratique d'instruction criminelle et de procedure penale. V. I. Paris,1907. P. 9—13.

[2] *Levasseur G.* Vers une proced ere d'instruction contradictoire in: *he* nouveau Code de procedure penale.Paris, 1960, P. 31—46. (Цит. по кн.: *Боботов С В* Правосудие во Франции, с. 157).

[3] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судоропроизводства Т. П. С. 363.

инстанционности, тайны, письменности разбавлены здесь состязательными началами права на защиту и презумпции невиновности. Вместе с тем и в этом плане наблюдаются отступления от таких состязательных аксиом, как равенство прав сторон и favor defensionis — преимущества защиты. Полномочия прокурора на предварительном расследовании, как по Кодексу 1808 г., так и по УПК 1958 г., значительно более широки, чем у защитника. Традиционной для французской процессуальной доктрины является точка зрения, что прокурор — не простой обвинитель, а еще и орган надзора за законностью, поэтому он имеет ряд преимуществ перед защитой.[1] По Кодексу 1808 г., именно прокурор назначал следственного судью для участия в деле, давал ему обязательные указания по ходу следствия, мог налагать на него дисциплинарные взыскания. От прокурорской аттестации зависела служебная карьера следственного судьи. Согласно УПК 1958 г., прокурор также может по своему усмотрению предписать следственному судье выполнить конкретные следственные действия, которые считает полезными и необходимыми (ст. 82 УПК 1958 п). В то же время защита вправе лишь *ходатайствовать* о проведении следственных мероприятий, причем не всех, а только некоторых: например, экспертизы (ст. 156 УПК 1958 г.), медико-психологического освидетельствования (ст. 81 УПК 1958 г.). Срок подследственного ареста обвиняемого ввиду возможных продлений может продолжаться практически неограниченно (ст. 145-1,145-2 УПК 1958 г.), что, как было отмечено ранее, дает серьезное преимущество стороне обвинения.[2] Учитывая сказанное, можно прийти к выводу о том, что во французском процессе до настоящего времени нельзя говорить ни о подлинной независимости следственного судьи от обвинительной власти, ни о полном равенстве сторон обвинения и защиты.

Большие надежды возлагаются во Франции на *обвинительную камеру* апелляционного суда/ которая после принятия УПК 1958 г. призвана, по мысли законодателя, быть «краеугольным камнем» судебной реформы, гарантом состязательности на предварительном следствии.[3] Этот орган должен контролировать деятельность судебной полиции, выполнять роль апелляционной инстанции по отношению к решениям следственного судьи, рассматривать вопрос о предании обвиняемого суду и т. д. Процедура в обвинительной камере действительно имеет в основном состязательный характер (участие сторон, устность). Во французской юридической литературе высказывается

[1] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса... с. 490; *Боботов С. В.* Правосудие во Франции, с. 175.

[2] Более подробно см.: *Боботов С. В.* Правосудие во Франции, с. 150—157.

[3] См.: *Быкова Е.* Обвинительная камера — хранительница законности во Франции // Российская юстиция. 1994. № 11. С. 18—19.

мнение, что благодаря обвинительной камере, выступающей как следственный судебный орган второй инстанции, удалось наконец преодолеть грань между предварительным следствием и судебным разбирательством.[1] Расточая подобные похвалы, авторы, по-видимому, забывают, что синкретизм, нерасчлененность предварительного следствия и судебного разбирательства — это признак даже не следственной, а инквизиционной разновидности розыскного процесса. Вторжение суда в предварительное следствие еще не означает обращения последнего в состязательную «веру» *автоматически.* Напротив, чем глубже судебный орган погружается в расследование, тем сильнее судебная система, частью которой он является, связана *предварительными* и потому, возможно, ошибочными выводами следствия, тем более она чувствует себя ответственной за неизбежное на предварительных стадиях принуждение. В итоге общество рискует вместо одного инквизитора получить двух. Судебный контроль за предварительным следствием необходим. Но чтобы избегнуть «обвинительного грехопадения», суду не следует самому становиться органом *предварительного расследования* ни по первой, ни по второй инстанциям. Более того, в идеале даже орган *судебного контроля,* действующий на предварительном следствии, не должен быть частью той же судебной системы, которая в дальнейшем отвечает за приговор, ибо контролер, одобривший обвинителя, — тоже немного обвинитель.[2]

В качестве типологических признаков уголовного судопроизводства французского типа можно назвать следующие его особенности:

1. Главным источником уголовно-процессуального права служит кодифицированный закон, опирающийся на конституционные нормы.

2. Остается дуализм досудебных и судебных стадий процесса. Предварительное расследование, имея смешанный следственно-состязательный характер, более тяготеет к розыску. Функции уголовного преследования и юстиции здесь недостаточно дифференцированы. Судебное разбирательство и последующие судебные стадии в основном состязательны. Таким образом, французская модель *в целом* представляет собой *смешанный* процесс.

3. Предварительное следствие практически является *смешанной* процессуальной формой. Оно состоит из двух частей. Первая из них — дознание *(фр.* enquete). Оно ведёт свою родословную от уже знакомого нам по инквизиционному этапу inquisitio generalis. Дозна-

[1] См.: *Боботов С. В.* Правосудие во Франции, с. 147, 159.

[2] Такой подход демонстрирует английский тип процесса, где мировые судьи, выступающие в роли судей следственных, не имеют никакого организационного отношения к системе коронных судов, рассматривающих дела по существу.

ние под руководством прокуратуры осуществляет полиция и некоторые другие административные органы (мэры, чины жандармерии и префектур во Франции, преторы, карабинеры и полиция безопасности в Италии, а также ряд других государственных чиновников). При исполнении уголовно-процессуальных функций они образуют уголовную (судебную) полицию. Дознание представляет собой, в основном, *розыскной* этап расследования: суд и защитник на нем, как правило, не участвуют, все решения о направлении дела и применении принудительных мер принимаются уголовным преследователем, действующим d'office — по долгу службы.

Предварительное следствие *(фр.* instruction preparatoire) производится по делам о серьезных правонарушениях следственным судьей (Франция, Бельгия, Италия, Испания, Нидерланды, Португалия, Египет, Швейцария и др.) или «судебным следователем» (Российская империя после 1860 г., Югославия). Здесь имеются стороны обвинения — прокурор, гражданский истец и защиты — обвиняемый, защитник. Возбуждение уголовного преследования — монопольное право обвинителя, следственный судья или гражданский истец делать этого не вправе. Вместе с тем следственный судья находится в зависимости не только от судебных инстанций, но, в значительной степени, и от прокурора, который осуществляет надзор за законностью действий следственного судьи. Провозглашается традиционная тайна предварительного расследования (ст. 11 УПК Франции 1958 г.).

4. На предварительном следствии присутствует вторая судебная инстанция с контрольными, апелляционными полномочиями, которая помимо того является и органом предания суду (chambre d'accusation — обвинительная камера во Франции, следственная камера в Италии, камера предания суду в составе судебной палаты в Российской империи и т. п.).[1] Надо сказать, что обвинительная камера — проявление более общей тенденции процесса этого типа к *коллективному судебному* следствию. Это стремление, с одной стороны, — «генетическая память» о былом инквизиционном судебном единстве, с другой — желание добиться большей объективности и самостоятельности следственных судей. По Кодексу 1808 г. следственный судья действовал не единолично, а в коллегии, председателем которой он состоял, что напоминало регламент XVI в. То была *совещательная камера* суда первой инстанции. Однако, как и в инквизиционном процессе, коллективная организация лишь тормозила следствие_В середине XIX в. совещательные камеры во Франции были ликвидированы. В 1933 г. они были ненадолго восстановлены, а затем опять отменены. В 1985, 1993 гг. дважды пред-

В Испании и Португалии обвинительные камеры законом не предусмотрены.

принималась попытка ввести *следственные палаты* (chambre d'instruction,) — модернизированный состязательный вариант совещательных камер. Они были задуманы как «противовес от давления на следствие со стороны прессы, прокуратуры и должностных лиц исполнительной власти».[1] Но законами 1989 г. и 1993 г. эти органы коллегиального следствия были упразднены.[2] Тем не менее, если это вызывается тяжестью и сложностью дела, а также в случае крайней необходимости и с целью выполнения отдельных действий, президент суда может назначить для ведения следствия нескольких судей, один из которых является ответственным за следствие и координирует его ход (ст. 83, 83[1], 84 современного УПК Франции). Все это свидетельствует о том, что институт судебных следователей переживает не лучшие времена.

5. Во французском процессе меньшая, чем в английском, сфера применения суда присяжных, которая обычно ограничена делами об особо опасных преступлениях. Причем с 40-х годов XX столетия в романских странах наметилась сильная тенденция к замене суда присяжных шеффенским судом, где заседатели образуют единую коллегию с профессиональными судьями.

6. Председательствующий, который прежде сторон допрашивает подсудимых и свидетелей, здесь так же более активен, нежели в английском суде.

7. В судебном разбирательстве отчетливо разделены судебное следствие, где проверяются представленные доказательства, и прения сторон (в отличие от английского суда, где разбирательство состоит из последовательной проверки доказательств сначала стороны обвинения, а затем защиты).

8. Формой пересмотра приговоров обычно является не только апелляция, как это имеет место в английской системе, но также кассация и ревизия (пересмотр вступивших в законную силу решений по вновь открывшимся обстоятельствам).

9. Производство в отношении некоторых категорий дел, в первую очередь по *явным преступлениям* (flagrant delit), ускорено и упрощено.[3] Дознание в отношении явных преступлений и деликтов считается неотложным (enquete d'urgence) и отличается решительным характером действий — могут применяться принудительные меры и вы-

[1] *Боботов С. В.* Правосудие во Франции, с. 161.

[2] См.: *Головко Л. В.* Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. М., 1995.С 72

[3] В этой процедуре видны наследственные признаки a cri et haro, старинной северофранцузской процедуры скорого суда над преступником, застигнутым с поличным и преследуемым криком людей, а также аналогичного производства in flagrante delicto по римскому праву.

подняться любые следственные действия. Судебное разбирательство в отношении проступков и деликтов может осуществляться в ускоренной форме *немедленного привода* либо *прямого вызова в суд* (citation directe).

Если выделить квинтэссенцию данного типа процесса, это будет выглядеть примерно так: *консервация следственного начала за внешне состязательной формой.* «Следственный судья, — писал И. Я. Фойницкий, — является как бы продолжением власти обвинительной, сосредоточенной в руках прокурорского надзора»,[1] и в несколько смягченном виде эта оценка справедлива до сих пор. Французский тип судопроизводства исторически сложился прежде всего в целях обеспечения карательной власти государства, которой и служит в нем следственное начало. Эта карательная власть была объективно необходима в той конкретно-исторической обстановке, в которой шло формирование основ французского предварительного расследования. Решающий импульс этой форме дал абсолютизм, который затем нашел достойного продолжателя в буржуазном бонапартизме. Эту мысль прекрасно сформулировал в своем «Кратком курсе уголовного процесса» известный профессор Лионского университета Гарро, назвав правила наполеоновского уголовного следствия «правом Людовика XIV, которое под именем Кодекса 1808 года продолжает царствовать во Франции».[2]

Абсолютизм можно сравнить с прессом, выпустившим из назревших гроздьев феодализма бесценный сок прав и вольностей, который на дрожжах городских коммун, в мехах протестантской Реформации дал кипучее вино Нового времени. Неотъемлемые права личности, вызревшие сначала в недрах сословий, при абсолютизме стали медленно, противоречиво, но неуклонно нивелироваться для всего населения. Западноевропейский абсолютизм, на деле связанный традицией, церковью и политикой, никогда не был равен гипертрофированному контролю за всеми сферами жизни и полному бесправию подданных.[3] Сначала гражданские права с помощью частного римского права оттачивались в гражданском обороте, чтобы впоследствии заявить о себе и в публичной сфере, ограничивая и ниспровергая самовластие государей. Инквизиционный процесс (в одном ряду с такими острейшими инструментами, как Столетняя война во Франции и Реформация в Германии) был необходим обществу, как бульдозер, выравнивающий феодальную площадку для строительства нового здания. В этом неумолимом правосудии впервые, пусть и негативно, уравнялись все подданные (например, пытка могла применяться ко всем сословиям без исключения), укрепилась идея публичности (официальности) как всеобщего блага, выраженного в едином государственном интересе и единой закон-

[1] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 362.

[2] *Garraud.* Precis de droit criminelle. Paris, 1926. P. 803.

[3] «Через слой варварских обычаев проступали прикрытые, но не уничтоженные институты античности: римское право, частная собственность, гражданские права и свободы. Феодальное общество открывает их заново, когда в своей многовековой эволюции создает для них социальную базу» *{Гайдар Е.* Государство и эволюция. М., 1995. С. 24).

ности. За все надо платить, и без тяжелой школы розыскного процесса была бы в дальнейшем невозможна публичная состязательность. Таким образом, *инквизиционный, а затем следственный процессы есть необходимые этапы развития европейского судопроизводства, включенные в общий восходящий поток правового и общественного развития западного мира.*

Это, впрочем, не снимает вопроса о неоднородности данного процесса. Так, требует объяснения факт раздвоения практически единого пути, по которому до XV в. шли французское и британское судопроизводство. Почему английское правосудие после робких розыскных опытов склонилось все же к частно-исковой форме, а французский уголовный процесс «вдруг» впал в инквизиционность? В силу особых исторических условий генезиса английской государственности (островное положение, создающее естественную защиту от внешних врагов, необходимость этнического сосуществования народов на ограниченной территории, а также дробность феодальных владений и отсутствие внутреннего сепаратизма, раннее освобождение крестьян и развитие самоуправления и др.) здесь имело место опережающее развитие либерализма. Поэтому в первую очередь к Англии и только затем ко всей остальной Европе могут быть отнесены слова о том, что «в Европе, где вопрос о физическом выживании этносов все-таки не стоял, сложилась уникальная ситуация — развитие общества стало обгонять развитие государства».[1] Напротив, во Франции весьма остро *стоял* вопрос о политическом выживании нации, которая из-за феодального сепаратизма и английского вторжения в ходе Столетней войны была поставлена на грань утраты территориальной целостности и государственной самостоятельности. Поэтому французское государство просто обязано было стать более властным. В этом, на наш взгляд, кроется разгадка того факта, что именно после окончания Столетней войны в XV в. Франция выбирает в развитии государства в целом и уголовного процесса в частности путь, резко расходящийся с тем, по которому продолжал идти более благополучный британский сосед. Другой вопрос, что столь «вооруженное» государство оказалось слишком сильным защитником, и обществу пришлось заплатить за это высокую цену. В историческую память врезались смертоносные процессы «ведьм и колдунов», продолжавшиеся на протяжении XV—XVII вв., жестокие приговоры, подобные тем, что были вынесены по делам Каласа, Сирвена, де Ла Барра, против которых возвысил свой голос Вольтер.

Если встать на позицию современных цивилизационных взглядов (Э. Тоффлер, Е. Масуда, Д. Белл, П. Сорокин и др.), то такие явления, как абсолютизм, бонапартизм, следственное начало в уголовном судопроизводстве и т. д., есть не что иное, как орудия «второй волны» социальных изменений, вспененной бурным водоворотом эпохи Возрождения и поднявшейся именно к концу XVII в., когда в Европе началась промышленная революция. Конечным результатом этого грандиозного исторического процесса стала *индустриальная* цивилизация, пришедшая на смену цивилизации первой, сельскохозяйственной. «Вторая волна» шла по Европе не одинаково. Как отмечалось выше, в Англии этот процесс протекал особенным образом. Континентальная же Европа в первой половине

Гайдар Е. Государство и эволюция, с. 26.
См.: Всемирная история. Начало возрождения. Т. 9. С. 83—87.

XIX в. испытала на себе мощнейшее воздействие ударной силы «второй волны» — наполеоновских завоеваний, которые выровняли в западных странах внутренние цивилизационные условия под общий франко-бонапартистский шаблон. Поэтому континентальные европейские страны почти одновременно восприняли следственно-состязательную французскую модель судопроизводства, сыгравшую тогда прогрессивную роль в буржуазном развитии национальных процессуальных систем. Однако уже к 70-м годам XIX столетия национальные тенденции в ряде стран стали разрушать французскую модель процесса, и из исторического забвения восстал германский судебный мир.

На смену индустриализму, достигшему своего пика в период после окончания второй мировой войны (к 50-м годам XX в.), стала приходить новая, *информационная* цивилизация постиндустриального общества — результат «третьей волны», несущей с собой новые институты, отношения и ценности. «Многие страны, — пишет Э. Тоффлер, — одновременно чувствуют влияние двух или даже трех совершенно разных волн перемен, причем все они движутся с разной скоростью и несут в себе разную силу».[1] Ввиду такой неоднородности национальных условий для понимания постиндустриального строя, как отмечают социологи, исключительно важен вопрос о его разновидностях.[2] Внутренние особенности отдельных стран могут влиять на степень зрелости и формы постиндустриализма, а через них на все общественные и государственные институты, в том числе, как представляется, и на легислативные формы судопроизводства. В подобных условиях пригодность французской модели уголовного процесса для многих стран, где она привилась в период унифицированного подъема «второй волны», нуждается в переосмыслении. Даже в самой метрополии заметны признаки одряхления системы уголовной юстиции, изначально рассчитанной на другие социальные условия. Иначе как объяснить попытки смягчить авторитарность следственного начала (введение принципа коллегиальности следствия, усиление надзора посредством обвинительной камеры, расширение прав защиты) и т. д.? Тем не менее позиции этого процессуального типа все же наиболее сильны во Франции. И дело здесь не только в инерции культурных традиций. Не в последнюю очередь устойчивость судебно-авторитарных тенденций может быть связана с такой особенностью нынешнего французского общества, как его *корпорати-*

[1] *Тоффлер Э.* Третья волна, с. 39--40.

[2] *Попов Г.* Новый строй. Над чем думать и что делать // «Независимая газета», 1998, 30 июня. Гавриил Попов пишет о трех типах постиндустриализма: мир развитых стран-метрополий, мир их партнеров-сателлитов и мир развивающихся государств. Особняком, по мнению Попова, стоит Россия, о которой можно говорить как о специфическом случае постиндустриализма.

визм, рассредоточение центров принятия решений между различными экономическими и профессиональными объединениями.' Как отмечают исследователи этого феномена, присущего, впрочем, не одной только Франции, «порок корпоративного общества — его фрагментированность, атомизированность. Побеждают группировки, которые в этот день, в этот час случайно оказались сильнее. Все остальные подавляются и уничтожаются. Общество дисбалансируется. Такое общество может управляться только тоталитарной волей, только волей диктатора».[2] Таким диктатором может быть и уголовный процесс, ведь «если не ограждена невиновность граждан, то не ограждена и свобода!»[3] В многочисленных странах, взявших за основу французский тип уголовного судопроизводства, могут существовать совершенно иные социально-политические условия. Общий вектор их развития, несмотря на отдельные отклонения и эксцессы, направлен от подчиненности личности общегосударственным интересам в сторону либерализма и открытости общества. Поэтому расхождение между авторитарным стилем французской модели правосудия, применяемой в этих странах, и тенденциями развития постиндустриализма в общем и целом постоянно расширяется. Стоит ли удивляться тому, что, начиная с тех же 50-х годов XX столетия, которыми Э. Тоффлер датирует и начало «третьей волны», во многих развитых странах остро стоит вопрос о *реформе* уголовного судопроизводства? В Англии и США, где применяется собственная историческая модель процесса, также много говорят о судебных реформах, однако их направленность иная, нежели в регионах континентального права. Англосаксонские страны озабочены больше проблемой экономии судопроизводства, упорядочением чрезвычайно запутанного и казуистичного, основанного на судебных прецедентах права, усилением контроля над преступностью (crime control model), поиском возможностей для усиления карательных возможностей юстиции,[4] в то время как законодатели романского направления (в том числе российские), напротив, стоят перед

[1] «Французский вариант корпоративизма, — говорится в докладе Национального центра научных исследований этой страны, — представляет собой серьезное препятствие на пути экономических и социальных преобразований во Франции... В стране сохраняются возможности развития гласности и демократизации в управлении делами общества, но для этого потребуется нейтрализация корпоративных тенденций. Особенно важно всемерно ограничивать власть могущественных корпораций в лице «больших государственных корпусов», давно вышедших из-под контроля общественного мнения и властно диктующих правительстау свою волю и свои проекты решения национальных проблем» (см.: *Боботов С. В., Васильев Д. И.* Французская модель правового государства // Советское государство и право. 1990. № 1. С. 111).

[2] *Рыжков В.* Россия. Закат четвертой республики. Существующей системе отведено мало времени // Независимая газета, 1998, 2 июня.

[3] *Монтескье Ш.* Избранные произведения. М., 1955. С. 318.

[4] См. об этом: *Бернем У.* Суд присяжных заседателей, с. 17; *Ковалев В. А.* Буржуазная законность. Теретические иллюзии и судебно-полицейская реальность, с. 88—103; *Апарова Т. В.* Суды и судебный процесс Великобритании, с. 101.

сложной проблемой: как обеспечить одновременно и активность в борьбе с преступностью, и независимость судебной власти.

§ 4. ГЕРМАНСКАЯ ФОРМА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Этот морфологический тип базируется в основном на уголовном процессе Германии. Однако ряд этнически или исторически близких к Германии стран, таких как Австрия, Венгрия, Норвегия, традиционно следуют в «кильватере» немецкого Strafprozess. Российское уголовное судопроизводство значительную часть своей истории (XVIII в. — первая половина XIX в.) также следовало германскому образцу, а судебные стадии ориентированы на него и поныне. Германский тип процесса, так же как и французский, принадлежит к романо-германской правовой семье. Долгое время развитие германского судопроизводства, как в древнем «саксонском зерцале», отражало этапы развития своих французских и англо-саксонских сородичей. Примерно до XII—XIII вв. здесь применялся *обвинительный* вид состязательного процесса, которому свойственно применение ордалий, очистительной присяги, соприсяжничества, судебных поединков. Это, в сущности, древний общегерманский мальберг (mallus publicum), который позднее приобрел в немецких землях форму земского суда (Landgericht).[1] Именно в мальберге берет начало *шеффенский* суд. Шеффены старого германского права (фр. аналог — рахимбурги, или скабины) — это назначаемые (со времен Карла Великого на продолжительное время или даже пожизненно) знатоки местных судебных обычаев, из которых они *черпают* (от *нем.*, schopfen — черпать) свое решение.[2] Поэтому исторически шеффены принимают участие в решении вопросов не только факта, но и права. В мальбергах они решали все вопросы без участия коронного судьи, но затем, в земских судах, им отводится роль судебных заседателей («честных и разумных мужей»), с которыми^ так же как с *нотаблями* во французском процессе XV—XVI вв.„судья обсуждает материалы дела перед вынесением приговора.

В XIV—XV столетиях ордалии и поединки в Германии выходят из употребления и заменяются в земских судах свидетельскими показаниями,[3] что говорит о признаках того же *частно-искового* течения в развитии уголовного процесса, которые были зафиксированы нами и во французском суде, только на столетие раньше — в XIII—XIV вв. Однако в это же самое время запоздалую частно-ис-

[1] См.: *Чельцов-БебутовМ. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 273 и др.

[2] *GlaserJ.* Handbuch des Strafprozesses. B. I. Leipzig, 1883. S. 52—53.

[3] *Чельцов-БебутовМ. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 267.

ковую струю нагоняет и захлестывает новая и сильная волна — Rugenverfahren (от *нем.* Riige — порицание и fahren — разъезжать), то есть уже известное нам по английской и французской истории обвинительное жюри, или ассиза. Как и там, это первая проба пера розыскного порядка, который сначала использует не римский, а свой собственный, «доморощенный» исторический опыт.[1] В Германии, точнее, на «красной земле» — в Вестфалии и Саксонии, ассиза принимает наиболее зловещую, полумистическую форму *фемических* судов (Femgerichte), или «союза свободных шеффенов», которые сами служили источниками сообщений (денунциаций) о преступлениях. Деятельность этих суровых ночных судилищ связывают с императорской властью, которая угрозой тайной расправы посредством Femgerichte, вероятно, пыталась компенсировать свою политическую слабость, а также обеспечить свободу торговли в различных германских княжествах.[2] Таким образом, начало розыскного этапа, так же как во Франции и Англии, было продиктовано в Германии антифеодальными тенденциями.

XVI столетие принесло Германии Реформацию, Крестьянскую войну и *инквизиционный* процесс. Его появлению способствовали открытие в XV веке книгопечатания, без которого функционирование единых законов на территории страны было бы невозможно, и рецепция римского права, «которое абсолютно не признает феодальных отношений».[3] Рецепция римского права способствовала ликвидации партикуляризма и сословности, присущих феодальному праву. Она прокладывала путь грядущему формальному равенству частных лиц, на почве которого когда-то развилось римское право.[4] Розыскной порядок, подготовленный всем ходом исторического развития позднего европейского средневековья и помещенный в «цивилизованную» римскую правовую оболочку, дал классические формы инквизиционного и следственного процессов. Главным источником германского инквизиционного права явилась принятое в 1532 г. Уголовно-судебное уложение, Constitutio criminalis Carolina. Последняя в немецкой процессуальной литературе рассматривается как результат рецепции римского права[5], переработанного глоссаторами и получившего в Германии название «heutiges romisches Recht» *(нем.),* или «Usus modernus pandectaram» *(лат.),* то есть «современное римское

[1] Г. Брюнер выводит эту форму из missi dominici — разъездного суда при Карле Великом *(BrunnerH.* Deutsche Rechtgeschichte. B. II. Leipzig, 1892. S. 494).

[2] См.: *Чельцов-БебутовМ. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 268—269; Schroder R. Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig, 1902. S 580.

[3] *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 21. С. 412.

[4] Там же, т. 20, с. 105.

[5] Точнее, публичной его части, именуемой в Дигестах Юстиниана Libri terribles (кн. 47—48), то есть «страшные книги». См.: Дигесты Юстиниана. М., 1984. С. 16.

право»[1]. В этом новом немецком судопроизводстве, так же как и в инквизиционном французском, вся процедура по образцу позднего римского права делится на inquisitio generalis и inquisitio specialis. Однако суммарное производство (summaria) здесь почти полностью отсутствует — видимо, потому, что Каролина непосредственно не предусматривает развилки в виде возможности перехода производства по делу «на рельсы» ординарного процесса, что согласно французским законам 1498 г. и 1539 г. имело место именно в суммарной стадии. С другой стороны, в Каролине урегулировано участие в судопроизводстве шеффенов, дающих заключение о справедливости, обоснованности и правомерности приговора (ст. XCII—XCIV), но самое главное — несравненно лучше, чем в названных французских источниках, разработана система *легальных доказательств,* в основном за счет раздела о фактических презумпциях (ст. XVIII—XLIII). С этого момента германский процесс надолго перехватывает пальму первенства у французского соседа. Немецкие инквизиционный и, особенно, следственный процессы второй половины XVIII в. — первой половины XIX в. были наиболее законченными и совершенными образцами розыскного порядка.[2] Классическим примером разработки системы легальных доказательств розыскного процесса считается, например, Баварское уложение 1813 г., служившее эталоном для многих государств, вплоть до полного упразднения следственого производства.[3] В чем здесь дело? Почему при откровенной слабости императорской власти, которая даже в лучшие свои времена не могла и помышлять об абсолютизме, рождается столь публичный, а потому и антифеодальный уголовный процесс? Следует учесть, что в Германии социально-политические условия для выравнивания «феодальной площадки» были более сложными, чем во Франции, не говоря уже об Англии, в которых развитию сословно-представительной монархии и абсолютизма при прочих факторах способствовала Столетняя война, перемешавшая и сплотившая эти нации.[4] Напротив, «к началу XVI века Германские земли (успешно развивавшиеся в экономическом отношении) подошли в отличие от Англии и Франции в полной политической разобщенности»,[5] а вместо консолидирующей освободительной войны, каковой была для Франции Столетняя война, общество было расколото войной Крестьянской (1524—1526 гг.).

[1] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 284; *Glaser J.* Handbuch des Strafprozesses., S. 83.

[2] Не случайно Россия, от Петра I вплоть до судебной реформы 1864 г., при построении своего уголовного процесса отдавала безусловное предпочтение именно немецкому, а не французскому стандарту.

[3] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очеркипо истории суда и уголовного процесса..., с. 290

[4] См.: История Европы. Т. 2. Средневековая Европа, с. 308.

[5] Там же, с. 310.

В такой ситуации предпосылки для развития будущего гражданского общества должны были создаваться другими средствами: роль стимула для осознания германским народом своего единства выполнила протестантская реформация, а абсолютизм королевский был предвосхищен абсолютизмом судебным. Образно говоря, зубы римского дракона, посеянные в немецкую землю, дали железные всходы — прусский авторитаризм Фридриха II и Железного Бисмарка. Вслед за политической сферой в германском уголовном судопроизводстве и юриспруденции проявилась и до сих пор сохраняется дуалистическая тенденция — постоянное противоборство партикулярно-либерального и авторитарного начал.[1]

Принятый в 1877 г. германский Уголовно-процессуальный кодекс, реализуя в области судопроизводства национальные объединительные задачи, ввел форму процесса, в целом ориентированную на авторитарный наполеоновский Кодекс уголовного следствия 1808 г. Первоначально он закреплял довольно стесненное положение на предварительном расследовании и в судебном разбирательстве подозреваемого, обвиняемого и защитника, дискреционную власть судебного председательствующего, сниженный уровень гарантий личности при ускоренном производстве.[2] В германском процессе появился тогда *следственный судья,* который считался независимым от прокуратуры, хотя практически все предварительное следствие проходило под ее сильным влиянием.[3] Необходимо отметить и еще одно немаловажное обстоятельство. В качестве следственного судьи выступал *член земельного суда,*[4] назначаемый для участия в деле его президентом. Ранее уже не раз отмечалось, что ведение расследования объективно чаще всего связано с изобличением виновного — действия, присущего *уголовному преследованию.* Мы говорили о том, что изобличение обвиняемого обычно составляет самую суть расследования уже потому, что следователю изначально приходится работать с тезисом, представленным публичным обвинителем. Однако в отличие от суда, рассматривающего дело в судебном заседании, следователь занят не столько проверкой, сколько поиском и собиранием доказательств. Эти доказательства оказываются чаще всего обвинительными, так как следствию уже предшествовала подготовительная работа прокурора и дознания. В итоге следователь *объективно* становится больше уголовным преследователем и обвинителем, чем нейтральным арбитром. Когда он не принадлежит к судебному корпусу, это нормально. Но если перед нами судья (в данном случае член земельного су-

[1] См. об этом: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 587—593; *Филимонов Б. А.* Уголовный процесс ФРГ. М., 1974. С. 3—21,

[2] См.: *Филимонов Б. А.* Уголовный процесс ФРГ, с. 4.

[3] См.: *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 562—563.

[4] Суд второго звена немецкой судебной системы.

да), это лишает судебную функцию необходимой состязательной чистоты и может связать всю судебную вертикаль ведомственным интересом. Нельзя не учитывать и профессиональную солидарность следователя с прокурором и оперативными сотрудниками, без тесного взаимодействия с которыми успешное расследование попросту невозможно.

Еще на Бременском конгрессе Международного союза уголовного права в 1902 г. австрийский профессор Алоиз Цукер отметил, что в предварительном следствии есть «что-то нечестное», ибо, доверенное следственному судье, оно порождает иллюзию судейского беспристрастия, в то время как практически следователь не может быть никем иным, как обвинителем. Цукер полагал упразднить должность следователя и сосредоточить в руках прокурора дознание, при том, однако, условии, чтобы закрепление доказательств, относительно которых существует опасность утраты, производилось судьей в состязательной форме. На следующем, Дрезденском конгрессе комиссии Лилиенталя было поручено разработать проект изменений предварительного следствия с учетом этих предложений. В 1920 г. профессор Берлинского университета Гольдшмидт в подготовленном им проекте УПК снова призвал ради устранения из процесса розыскного элемента и усиления состязательности отказаться от института предварительного следствия в его французской интерпретации.'

Однако первая четверть XX в. была, по-видимому, не лучшим моментом для подобных либеральных преобразований, проект был раскритикован и отвергнут.[2] Только много позже разработчики закона «О реформе уголовно-процессуального права» (от 9 декабря 1974 г.) вернулись к этим идеям, ставшим правовой нормой. Вместо следственного судьи на предварительном расследовании остался лишь участковый судья, который проводит по ходатайству прокурора допрос задержанного (§ 128 УПК ФРГ), арестованного (§ 115, 115a), обвиняемого и свидетелей и осмотр (§ 168c и 168d), по собственной инициативе — неотложные следственные действия (§ 165), по ходатайству обвиняемого — собирание оправдательных доказательств (§ 166), а также отдает приказ об аресте (§ 114), предписание на контроль и запись телефонных переговоров (§ 100b), разрешение на выемку и обыск (§ 100, 105), производит проверку ареста как по ходатайству обвиняемого, так и по долгу службы (§ 117). Участковый судья, в отличие от следственного судьи, дела к своему производству не принимает и собственного расследования не проводит. Однако в судебном разбирательстве в качестве допустимых доказательств могут фигурировать протоколы осмотров и тех допросов, которые на предварительном следствии были получены участковым судьей (§ 249, 251, 254).[3] То есть функция судьи на стадии предварительной подготовки (дознания) направлена на *контроль за соблюдением консти-*

[1] См.: *Полянский Н. Н.* Новая редакция Уголовно-процессуального кодекса. М, 1925. С. 18.

[2] См.: *Филимонов Б. А.* Уголовный процесс ФРГ, с. 7.

[3] См.: Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной республики Германии. М., 1994.

туционных прав граждан и *легализацию судебных доказательств,* а не на уголовное преследование, как во французском процессе. Благодаря такому построению, на предварительном расследовании функции обвинения и юстиции, в отличие от французской модели, не смешиваются, но судья сохраняет возможность *активно* воздействовать на ход дознания. Этим преодолевается упрек в пассивности, который традиционно адресуется английскому судье, действующему на preliminary enquiry.

Эту тенденцию развития процесса германского типа еще в конце прошлого века, то есть задолго до отмены предварительного следствия, почувствовал и предвосхитил И.Я. Фойницкий, дав ей непревзойденный комментарий: «Рассмотрение современного германского направления, к которому примкнули норвежский устав 1887 г. и венгерский 1896 г., показывает, что, смягчая излишние строгости предварительного производства по французской системе и приближая его построение к принятому для следствия судебного, оно вместе с тем свободно и от упрека, делаемого английской системе и состоящего в том, что в Англии все такое производство находится в руках частных лиц и самодеятельность следственной власти отсутствует. Это направление, напротив, учреждает прочную следственную организацию, представляемую прокуратурой, следственными судьями и судьями участковыми, причем взаимное их соотношение намечается гораздо правильнее, чем по системе французской».[1]

Итак, современная *германская* форма уголовного процесса есть, по существу, реакция на крайности французской модели, заключающиеся в отмеченной выше ограниченности состязательных начал на стадии предварительного расследования, и шаг по сближению континентальных и английского типов уголовного судопроизводства с целью *примирения* состязательности с активностью суда.

Законом от 9 декабря 1974 г. в Германии были ликвидированы новации, введенные в ходе так называемой «малой реформы уголовного процесса» 1964 г.: заключительное заслушивание обвиняемого прокурором по окончании дознания и право обвиняемого и защитника свободно знакомиться с материаламидела, оконченного расследованием. В российской процессуальной литературе этот закон получил неоднозначную оценку. Так, Б. А. Филимонов полагает, что этим были ликвидированы «важнейшие права обвиняемого на защиту».[2] В самом деле, казалось бы/позиция защиты в результате отмены права знакомиться со всеми материалами дела существенно ослабла.' Однако надо учесть, что взамен обвиняемый и защитник полу-

[1] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводсва Т. II. С. 371.

[2] *Филимонов Б. А.* Предисловие. // Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной республики Германии. М, 1994. С. 7.

[3] Согласно § 147 УПК Германии этот запрет не является абсолютным. Если прокурор сочтет, что ознакомление не представляет угрозу целям расследования, защитнику могут быть предоставлены материалы дела, в том числе для ознакомления с ними в адвокатской конторе или на дому. После того как прокурором принято решение об окончании расследования, защитнику не может быть отказано в ознакомлении с материальными делами.

чили право на присутствие при производстве судейских следственных действий (§ 168с и 168d УПК ФРГ), которые являются главным источником судебных доказательств на стадии предварительной подготовки. Можно еще раз напомнить, что состязательность и не предполагает раскрытия сторонами своих процессуальных «карт» до судебного разбирательства, а определенное умаление интересов обвиняемого, вызванное таким ограничением, с лихвой компенсируется правом защиты на присутствие при самом «создании» судебных доказательств (при судейских осмотрах, обысках, допросах) и, таким образом, возможностью *немедленно* и *непосредственно* составлять себе мнение о них.[1] Что касается заключительного заслушивания (SchluBgehor), то вряд ли эта мера могла служить серьезной гарантией для обвиняемого. Ведь «заслушивающей» стороной являлся не кто иной, как прокурор, то есть процессуальный противник обвиняемого, который к тому же отвечал за расследование и уже составил по нему определенное мнение. Подобное действие более прилично судье, контролирующему расследование, и оно действительно предваряет все решения, принимаемые судьями «вне судебного разбирательства» (п. 2 § 33 УПК). Кроме того, предусмотрено обязательное заслушивание обвиняемого перед вынесением судом решения о возбуждении публичного обвинения по ходатайству потерпевшего (§ 175 УПК) .

Характерной особенностью рассматриваемого типа уголовного процесса является национальный институт германского права — *шеффенский* суд, в котором народный элемент, заседатели-шеффены, принимает участие в разрешении всех основных вопросов дела *вместе* с профессиональными судьями, пользуясь при этом равными с ними полномочиями. На первый взгляд может показаться, что в шеффенском суде снижены гарантии судейской независимости, а значит и состязательности, так как непрофессионалы-заседатели могут легко оказаться под влиянием коронного судьи. Это, однако, может иметь негативное значение только в том случае, когда коронный судья сам зависим, например, от исполнительной власти. Ранее уже было сказано, что при завершенном разделении властей в государстве, при торжестве принципов конституционализма в развитом и благополучном постиндустриальном обществе нет почвы для изоляции народных заседателей от судей-профессионалов. Напротив, своим житейским опытом и особенно *специальными знаниями* шеффены могут оказать правосудию неоценимую помощь. В немецкой литературе мысль о создании *специального жюри,* которое бы набиралось из людей, наиболее способных по своему положению или профессии

[1] См.: *Смирнов А. В.* Великий учитель русских криминалистов: Послесловие // *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 595.

правильно оценить данное дело, впервые высказал Р. Гейнце.[1] Эта плодотворная идея нашла отражение в действующем Уголовно-процессуальном кодексе: суд может отклонить ходатайство о допросе эксперта в судебном следствии, если сам обладает необходимыми специальными познаниями (п. 4 § 244).

Вместе с тем шеффенский суд подстерегает другая, более серьезная опасность. Шеффены, будучи членами суда, могут принимать непосредственное участие в допросах подсудимых, свидетелей и экспертов, проверке тех или иных версий, что, напротив, не характерно для правового положения присяжных. Вопрос о влиянии подобной познавательной активности на принимаемые решения был в свое время исследован Американской ассоциацией адвокатов. Как сказано в представленном ею отчете, лицо, начавшее сбор информации, подвержено естественному психологическому стремлению немедленно приступить к ее систематизации и построению гипотетической теории, объясняющей полученные данные. В дальнейшем это предварительное суждение имеет тенденцию направлять ход исследования в заданное русло, становясь управляющей гипотезой, причем все факты, подтверждающие первоначальное гипотетическое суждение, прочно откладываются в памяти, а противоречащим не уделяется должного внимания.[2] Если собирающее информацию лицо является еще и принимающим решение, это может отрицательно сказаться на объективности последнего.

«Фундаментальным принципом состязательной системы, — пишет американский профессор У. Бернем, — является строгое разделение функций расследования, сбора и представления доказательств и функции принятия решения по делу. Необходимость такого разделения функций основана на той теории, согласно которой участие принимающего решение лица в процессе сбора доказательств оказывает негативное влияние на выполнение возложенной на него функции принятия решения».[3]

Коронный судья до известной степени защищен от формирования скороспелого мнения профессиональной подготовкой и опытом. Обычно он знает, что, прежде чем выстраивать гипотетическую теорию, следует запастись определенной совокупностью доказательств. Судьи-непрофессионалы более подвержены соблазну управляющих гипотез. Существуют только два средства для ослабления этой опасности, и оба они предусмотрены в германском процессе. Первый способ самый простой и потому не самый лучший. Он состоит в том, чтобы ограничить возможность шеффенов самим активно собирать доказательства. Для этого законом оговаривается, что они могут за-

[1] Гейнце (Heinze) Рудольф (род. в 1825 г.) — проф. в Лейпциге, кафедра в Гейдельберге. Работы: Strafrechtstheorien und Strafprinzip. — Handb. d.d. Strafrechts in Einzelbeitragen. T. I. Berlin, 1871; Strafprozessuale Erorterungen. Stuttgart, 1875, и др.

[2] См.: Report of the Joint Conference on Professional Responsibility of the American Bar Association (1958). Цит. по кн.: *Бернем У.* Суд присяжных заседателей, с. 96.

[3] Там же, с. 94.

V

давать вопросы допрашиваемым лишь с разрешения председательствующего (§ 241 УПК). Ясно, однако, что тот не должен отводить дельного вопроса, даже если он задан непрофессионалом. Поэтому закон прежде предоставляет возможность *исчерпать* все нужные вопросы председательствующему, а также прокурору и защитнику. Этой цели служит, во-первых, допрос подсудимого председательствующим (§ 238, п. 2 § 239) и, во-вторых, *перекрестный допрос* свидетелей и экспертов прокурором и защитником (п. 1 § 239 УПК). Поскольку целью перекрестного допроса является выявление противоречий и устранение сомнений в результатах предшествующего прямого допроса,[1] то шеффенам остается лишь анализировать собранные другими сведения, обычно уже дающие ответы на вопросы: кто, что, где, когда и почему? В итоге снижается их «расследовательская» активность, а значит и вероятность формирования предвзятого мнения, причем безо всякого ущерба для истины. Таким образом, с шеффенской организации суда может быть снято подозрение в «несостязательности».

В современной германской форме процесса могут, -напаштвзгляд, быть усмотрены некоторые элементы, позволяющие говорить о начале практического формирования в мире публично-состязательного, или постсостязательного вида судопроизводства, общая характеристика которого была дана нами ранее. Германский тип, объективно будучи привержен состязательности, далеко ушел от исковой модели.

Для прокуратуры, которая в нем обвинитель, главная задача — не доказывание виновности, а выяснение полной картины события и установление объективной истины. Именно в этой связи в немецкой процессуальной литературе ставится вопрос об утрате в уголовном судопроизводстве такого понятия, как *бремя доказывания.*[1] В германском процессе на публично-состязательную тенденцию работает такой мощный фактор, как наличие на предварительном следствии активного судебного контроля, независимого от обвинительной власти. Судья здесь не является следователем, как, например, во французском процессе, но он и не перекладывает ответственность за ведение дела на стороны, как это имеет место в английском судопроизводстве. Он выполняет сугубо юрисдикционную функцию, состоящую в *легализации доказательств* и *контроле за соблюдением конституционных прав граждан* при применении к ним мер принуждения. Подключаясь к процессу расследования лишь в те моменты, когда в этом есть действительная необходимость, судья не мешает оперативности дознания. Оно обретает тактическую гибкость, ибо прокурор и полиция сами решают, какие доказательства следует закрепить в качестве судебно-допустимых уже на стадии предварительной подготовки с помощью процедуры судейских следственных действий, а

[1] Прямой допрос направлен на получение от допрашиваемого сведений о событии в том виде, в каком он его себе представляет.

[2] См.: *Peters K.* Strafprozess: Em Lehrbuch. Heidelberg; Karlsruhe, 1981. S. 271.

какие предъявить прямо в суде. В то же время непосредственное участие обвиняемого и защитника в судейских следственных действиях является важной публично-состязательной гарантией их законных интересов. Если на английском предварительном слушании защита может знакомиться только с теми доказательствами, которые сочтет возможным открыть обвинитель, причем наблюдать лишь их закрепление, то в германском процессе сторона защиты, участвуя в судейских следственных действиях, способна не только наблюдать, но и воздействовать на сам процесс собирания доказательственной информации, например с помощью приглашенного обвиняемым эксперта при производстве судьей осмотра (§ 168d УПК ФРГ).

Следует, однако, предостеречь против отождествления действующей легислативной немецкой (австрийской, скандинавской) формы с «судопроизводством XXI в.». Речь идет лишь о некоторых тенденциях, созвучных постсостязательному идеалу. Объективно они — результат постиндустриальных социальных сдвигов середины XX в., субъективно — стремления законодателя соединить французскую охранительную энергичность с английской гражданской вольностью. Росткам постсостязательности противостоят рудименты следственно-розыскной судебной организации, оставшиеся еще с имперских времен. Так, обвиняемый появляется в процессе слишком поздно — лишь по окончании прокурорского расследования, то есть одновременно с направлением в суд обвинительного заключения (§ 157,169а, 170 УПК). Только с этого момента привлекаемое к ответственности лицо как будто бы приобретает возможность защищаться — в частности, возможность присутствовать при судейском осмотре (§ 168d). Однако для активной защиты время может быть уже упущено. Судьи, участвующие в предварительном расследовании, при первой явке (доставке) обвиняемого указывают ему на «обстоятельства, обосновывающие обвинение» (п.3 § 115 УПК), то есть, по сути, сами предъявляют ему обвинение, возбужденное до этого прокуратурой. При последовательном состязательном подходе они должны были бы лишь контролировать предъявление указанных обстоятельств *обвинителем,* как это происходит, например, в английском процессе. К розыскным элементам относится и остаточный синкретизм, нерасчлененность судебной деятельности на предварительной и последующих стадиях. Уголовно-процессуальный кодекс не содержит прямого запрета судье, принимавшему участие in jure в производстве дознания, участвовать и в процедуре принятия решения об открытии судебного разбирательства (предания суду) и даже in judicio в судебном разбирательстве.[1] Точно так же судьи, проводив-

[1] УПК Германии не называет в числе оснований для отвода или отстранения судей их предыдущее участие по данному делу в качестве судьи, контролировавшего дознание (§23—24 и др.). Для сравнения, в УПК России (ч. 1 ст. 60) судье, проверявшему законность и обоснованность ареста, запрещается участие в рассмотрении того же дела в суде первой, второй и надзорной инстанций.

шие следственные действия, не устраняются от решения вопроса о предании обвиняемого суду. Несостязателен сам порядок предания суду. В этой стадии участковый судья может провести дополнительное расследование, а уголовная палата земельного суда — может поручить это одному из своих членов; суд ex officio арестовывает или продлевает арест обвиняемому или помещает его в психиатрическую больницу (п.4 § 208 УПК). Не соответствует состязательности и то, что решение о назначении судебного разбирательства принимает тот же суд, который компетентен рассматривать дело по существу (п. 1 § 199 УПК). Принимая это решение, судьи как бы подтверждают обоснованность подозрения в совершении обвиняемым преступления, что может привести к предубеждению суда при рассмотрении дела. Вот, что пишет по этому поводу И. Я. Фойницкий: «Если судом предварительно решается вопрос о том, может ли лицо быть предано суду, этим уже в некоторой степени предрешается вопрос о виновности; так что обвиняемый является перед судом долженствующим рассматривать дело по существу, уже с печатью подозрения».[1] В особенности такие предварительные выводы оказывают отрицательное влияние на шеффенов, которые под их воздействием нередко создают себе предубеждение о виновности обвиняемого.

Этот недостаток еще в 1873 г. был успешно преодолен в австрийском кодексе, автором которого является Ю. Глазер. По установленному порядку, суд первой инстанции был избавлен от необходимости высказывать по делу предварительное мнение. Обвинительный акт обычно направляется прямо в суд для рассмотрения дела по существу, но обвиняемый вправе обжаловать его, и тогда вопрос о предании суду рассматривается в апелляционной инстанции. Таким образом обеспечиваются и права личности, и объективность суда, и процессуальная экономия.

Однако, как представляется, не наследие розыска побуждает представителей германской юридической науки (К. Петере, Г. Генкель, Э. Керн) ставить под сомнение понятие сторон в уголовном процессе, говорить о его охранительной задаче, противопоставлять состязательной идеологии позитивное законодательство. Ведь одновременно немецкая наука продолжает высоко ставить в уголовном процессе либеральные ценности и права человека.[2] Думается, что идет теоретическое осмысление происходящих изменений и фактический поиск новой, в сущности постсостязательной, модели развития уголовного судопроизводства. К сожалению, отсутствие ее в теории, незаполненность соответствующей ниши в типологии форм судопроизводства не позволяют осуществить прорыв в новую область научных представлений и заставляют некоторых германских ученых преждевременно отказываться от состязательной парадигмы, изобретая взамен юридические «химеры» типа «обвинительно-следственного» судопроизводства.

[1] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 405.

[2] См.: *Филимонов Б. А.* Уголовный процесс ФРГ, с. 26—29; *Peters K.* Strafprozess, S. 17—19, 66; *HenkelH.* Strafverfahrensrecht. Stuttgart, 1953. S. 100; *Kern E.* Strafverfahrensrecht. Miinchen; Berlin, 1960. S. 63.

Раздел V

ОЧЕРК ТИПОЛОГИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОГО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

§1. ПУТЬ ИЗ ВАРЯГ В ГРЕКИ

В своем развитии российский уголовный процесс прошел те же ступени, что и западноевропейские типы. Древнее судопроизводство периода Русской Правды (XI—XIII вв.) было в основном *обвинительным*. Доказательства имели характер подтверждений формальными средствами заявленных перед судом требований. Для этого использовались такие средства доказывания, как признание, испытания (ордалии) железом и водой, поле (судебный поединок), «послухи» (соприсяжники), «рота» (очистительная присяга), крестное целование. Однако применяются и такие средства доказывания, которые требуют свободной судебной оценки: «видоки» (свидетели, очевидцы) и поличное (вещественные доказательства, найденные у подозреваемого лица). Применяются также своеобразные средства доказывания, использующие презумпцию виновности последнего владельца похищенного («свод») и круговую поруку общины, в которую приведет след («гонение следа»).[1]

Создание централизованного Московского государства, так же как в Западной Европе, сопровождается в XIV—XVII вв. возникновением процесса розыскного типа («сыска»), который стал действовать параллельно с «судом», то есть ординарным обвинительным, а после, с отходом от ордалий и судебных поединков, — и частно-исковым судопроизводством. Обычно считается, что розыск возник в России «без всяких иноземных влияний, а вследствие лишь выяснившихся потребностей».[2] Вместе с тем констатируется «поразительное сход-

[1] «Свод» и «гонение следа» можно рассматривать как способ розыска похищенного. Последнее, однако, не означает, что они — форма розыскного процесса, так как преследователь не совпадал здесь с судьей. По существу, помимо отыскания имущества, эти способы позволяли истцу находить надлежащего ответчика.

[2] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. I. С. 33.

ство основных черт развития розыскного процесса в Западной Европе и в Московской Руси...»[1] Это сходство не случайно, оно связано с тем, что социально-политические условия России и Западной Европы до XVI в. расходились еще не слишком разительно. «В тот период Русь находилась в условиях, когда она изначально могла пойти по западному пути развития».[2] С учетом этого нельзя отрицать и возможности влияния западного права на формирование русского судопроизводства. «Сыск», если не считать преследования государственных преступлений в виде царской опалы, не был примитивной уголовно-административной расправой. Он практически совпадал с тем, что в Западной Европе именовали «дознанием через местных людей», или обвинительным жюри, а мы в предыдущем изложении называли также *ассизой*. Еще в Краткой редакции Русской, или Ярославовой, Правды (XI в.) упоминается об «изводе перед 12 мужами» в случае «запирательства» обвиняемого (ст. 15).[3]

Следует учитывать, что Правда Ярослава была составлена в 1016 г. «ввиду острой необходимости урегулировать отношения новгородцев и варягов после завоевания великокняжеской власти Ярославом Мудрым».[4] Естественно предположить, что исконный норманнский обычай чинить суд через собрание из местных людей («12 мужей») вполне мог быть включен тогда в текст нового компромиссного закона.[5] Причем не исключено, что не только «извод», но и круговая порука («гонение следа») является норманнским изобретением. При схожих обстоятельствах круговая порука была введена норманнами и в Англии, в округах-сотнях (hundred, wapentake) сразу после прихода к власти датчанина Кнуда Великого,[6] а происходило это практически в то же самое время (1017 г.), что и на Руси (1016 г.). О том, что это не просто совпадение, а результат своего рода системы обмена правовым опытом в среде норманнских завоевателей и первопроходцев, свидетельствует, например, отмеченный датскими исследователями факт проникновения в скандинавскую раннесредневековую Исландию славянского государственно-правового термина «полюдье» (polutasvart), обозначавшего принятую тогда на Руси систему сбора князьями дани.[7] Таким образом, весьма вероятно, что этими институтами уголовный процесс как на Западе, так и на Востоке обязан именно норманнской экспансии.

[1] *Чельцов-Бебутов М. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса..., с. 209.

[2] См.: История России и мировые цивилизации / Под ред. докт. ист. наук, проф. М. В. Рубана. М., 1997. С. 59.

[3] Российское законодательство X—XX вв. Т. I. С. 47—48.

[4] *Свердловы. Б.* От Закона Русского к Русской Правде. М, 1988. С. 30—35,172.

[5] В отечественной историографии (Н. Карамзин, М. Погодин) Закон Русский, непосредственно предшествовавший Русской Правде и известный из договоров Руси с Византией, прямо назывался скандинавским правом. При княгине Ольге (середина X в.) началась правовая реформа, продолжавшаяся вплоть до принятия в 101 б г. Русской Правды. Сущность ее стояла в замене старого «племенного» права новыми нормами (См.: *Петрухин В. Я.* Начало этнокультурной истории Руси IX—XI веков. М., 1995. С. 151—152).

[6] См.: *Кондратчик А. Л.* Английский суд присяжных: исторические корни и эволюция, с. 134—135.

[7] См.: *Петрухин В. Я.* Начало этнокультурной истории Руси..., с. 125.

«Извод»-ассиза применялся также при задержании «татя, душегубца и разбойника и грабежника» на месте преступления, как было зафиксировано в договоре 1398 г. между великим князем Московским и великим князем Тверским.[1] В XVI в. при Иване IV Грозном ассиза принимает форму «большого повального обыска» (англ. аналог — большое жюри), проводимого для выявления все более широкого круга преступлений выборными судьями — губными старостами и целовальниками. Розыск состоял из опроса «съезда» представителей всех сословий — «с выти по человеку». Названных «лихих людей» доставляли к губному старосте для дальнейшего расследования («довода»): простого расспроса, допроса под пыткой и очных ставок.[2] Затем выносился приговор. Этот же порядок был сохранен Соборным Уложением 1649 г. Таким образом, российский «сыск» XIV-XVII вв. по своей форме почти полностью дублирует западноевропейский розыскной процесс того же периода *(нем.,* Rugenverfahren, *фр.* enqueste du pay, *англ.* assize), который был, как говорилось ранее, первоначально не плодом римского права, а развитием германо-скандинавского наследия. Следовательно, русский уголовный процесс уже с древнейших времен формировался под сильным германским влиянием. Это стало еще более очевидным с начала XVIII в., когда при Петре I и его преемниках с Запада рецептируется немецкий инквизиционный, а затем (Наказ Екатерины II) и следственный порядок по Своду законов 1832 , 1842 и 1857 гг. Вместе с ними в Россию впервые приходит и Usus modernus pandectarum, рецептированное римское право. Следствие так же, как и в немецком процессе, распадалось на предварительное (inquisitio generalis), начинавшееся в силу закона при наличии определенных поводов, и формальное (inquisitio specialis), по пунктам; в нем тоже присутствовали шеффены — сословные депутаты, прокуроры и стряпчие, действовала формальная система доказательств и т.д.

После принятия 20 ноября 1864 г. Устава уголовного судопроизводства немецкий курс был временно забыт, и российский уголовный процесс всецело отдался французским симпатиям, сохранив от старого порядка доказывания лишь дознание через местных людей. Пореформенный уголовный процесс России приближен к французскому типу. Предварительное расследование также складывалось из полицейского дознания, не отягощенного особыми формальностями, и предварительного следствия, которое проводили судебные следователи, состоявшие членами окружных судов. Но в отличие от французского или немецкого следственного судьи, русский судебный следователь был более специализированным органом: он назначался не

[1] См.: *Чельцов-БебутовМ. А.* Очерки по истории суда и уголовного процесса... с. 651.

[2] См.: *Крылов И. Ф., Бастрыкин А.И.* Розыск, дознание, следствие. Л., 1984. С. 87—88.

на краткий срок или, тем более, не ad hoc из числа судей, а бессрочно, на определенный следственный участок. Как и на французском instruction preparatoire, прокурор имел большую власть над судебным следователем, который не мог отказаться от исполнения требований прокурора, касающихся исследования обстоятельств дела и собирания доказательств (ст. 281—282 УУС); именно прокурор определял, произведено ли следствие с достаточной полнотой, и мог обратить его к доследованию (ст. 512 УУС), он составлял также обвинительный акт (ст. 519 УУС); по предложению прокурора следователь мог быть переведен из одного участка в другой (ст. 227 Учреждения судебных установлений). Таким образом, судебный следователь, подобно французскому juge d'instruction, был в значительной степени придатком обвинительной власти. Имея в виду эту ситуацию, Н. Н. Полянский писал: «Опыт, однако, показал, что там, где... законодателем сделана попытка установить грань между дознанием и предварительным следствием по самому существу их задач, эта грань на деле неизбежно стирается и следователь превращается в помощника прокурора».[1] Вместе с тем в русском процессе прокурорская власть была все же менее активна — все меры, необходимые для производства следствия, мог принимать только судебный следователь (ст. 264, 266 УУС). Прокурор не имел права вмешиваться в проведение следственных действий, мог лишь присутствовать при этом и знакомиться на месте с материалами дела (ст. 280 УУС). На практике роль прокурора обычно ограничивалась «одной лишь внешней стороной, то есть понуканием следователя и исправлением формальных упущений с его стороны», и почти не касалась «сути дела, содержания исследуемой области и границ ее».[2] Это оставляло следователю больше самостоятельности, но, с другой стороны, мешало налаживанию взаимодействия с полицией как органом дознания, которая состояла в «непосредственной зависимости от прокуратуры» (ст. 279 УУС) и никогда не была полицией судебной. Данное обстоятельство являлось, пожалуй, одним из основных недостатков русского предварительного расследования по Уставу 1864 г. Защитник допускался в дело лишь в период подготовительных к суду распоряжений, то есть уже по окончании следствия (ст. 557 УУС). Однако русский процесс выгодно отличало от французского то, что обвиняемый на предварительном следствии пользовался широкими правами, некоторых из которых у него нет и по сей день: мог присутствовать при осмотре и освидетельствовании, обыске, выемке, допросе свидетелей, дознании через окольных людей, рассматривать все производство при' окончании следствия и др. (ст. 316, 359, 444, 455, 459, 462, 463, 466, 468, 469, 475-478, 491 УУС). Предание суду, как и во французском процессе, было делом камеры предания суду, в качестве которой выс-

[1] *Полянский Н. Н.* Новая редакция Уголовно-процессуального кодекса, с. 18.
[2] *Викторский С. И.* Русский уголовный процесс. М., 1997. С. 359—360.

тупала судебная палата (ст. 534, 543 УУС). По французскому «лекалу» был скроен и суд присяжных, отличавшийся резким разделением судебного следствия от прений сторон, подробным допросом подсудимых председателем суда,[1] имевшим большие дискреционные полномочия (ст. 613 УУС). Из французского процесса пришли к нам апелляционный и кассационный порядок пересмотра дел.

В целом русское уголовное судопроизводство образца 1864 г. можно определить как смешанный процесс французского морфологического типа с преобладанием на предварительном расследовании следственно-розыскных признаков и состязательных — на последующих судебных стадиях. Так, стезя германских рецепций в конце концов привела русский суд в лоно романской правовой семьи, так что в известном смысле это был путь «из варяг в греки». В дальнейшем германские и французские элементы, сочетаясь в различных пропорциях, дали советский уголовный процесс.

§ 2. ОТ ГАВВАФЫ ДО ГОЛГОФЫ

25 мая 1922 г. был принят первый советский Уголовно-процессуальный кодекс, который впервые соединил французский тип предварительного расследования и судебные стадии, построенные по германскому образцу. Такая структура определила в дальнейшем облик советского и российского уголовного процесса до самого конца XX столетия. Следователь в принципе рассматривался как носитель судебной функции юстиции. Организационно он был независим от прокуратуры, так как состоял в ведомстве губернского, а затем областного суда. Этот суд назначал следователя на должность, отстранял от производства, рассматривал жалобы на его действия (ст. 126—127). Однако функция юстиции по-прежнему была недостаточно отделена от функции уголовного преследования — прокурор, как и раньше, мог давать следователю обязательные указания о направлении и дополнении следствия (ст. 121 УПК 1922 г.). Следователь мог лишь обжаловать в суд некоторые важнейшие указания (ст. 151). В дальнейшем произошла фактическая ликвидация предварительного следствия.

Тенденция к этому отчетливо проявилась уже в 1923 г., когда прокурору были даны дополнительные полномочия по передаче дел от одного следователя к другому, рассмотрению всех жалоб на действия следователя (ст. 118, 124, 127, 212 УПК 1923 г.). Следующим шагом явилось постановление второй сессии ВЦИК 11-го созыва от 16 октября 1924 г., которым на следователя была возложена ответственность за непосредственное руководство дознанием под надзором прокурора. Смысл этого но-

[1] Не считалось также существенным нарушением, если председатель или судьи предлагали вопросы свидетелям еще до того, как их допросят стороны (Уг. кас. деп. 73/1015 Цуцеровой, 75/150 Никулина и Кривокобыльского, 73/333 Кравцова).

вовведения состоял в еще более тесной привязке следователя и суда к обвинительной колеснице. Следователь из представителя судебной власти превратился в «маленького прокурора». За это на IV и V съездах деятелей советской юстиции (1922, 1924 гг.) особенно активно выступал прокурор Верховного Суда СССР А. Я. Вышинский. Он предлагал отказаться от «старой» точки зрения на предварительное следствие как на судебную деятельность и рассматривать ее как однопорядковую с дознанием.[1] Против реализации этой идеи высказались видные юристы. Н. Н. Полянский констатировал, что в результате этих изменений в советском уголовном процессе прекратило существование предварительное следствие в его традиционном понимании.[2] Отметим этот момент, он станет важнейшей чертой советского уголовного процесса, которую в полной мере перенял потом и УПК 1960 г. Для прекращения научной дискуссии потребовался беспрецедентный шаг, акт силового давления — постановление объединенного заседания коллегий наркоматов Рабоче-крестьянской инспекции (РКИ) СССР и РКИ РСФСР от 10 сентября 1927 г. о полной передаче народных следователей в подчинение прокуратуры и превращение их в «местных агентов прокурорского надзора».[3] Постановлениями ВЦИК и СНК РСФСР от 3 сентября 1928 г. ЦИК и СНК СССР от 30 января 1929 г.[4] следственный аппарат был передан в прокуратуру. Результатом этих трагических событий стала гибель в советском уголовном процессе предварительного следствия, которое фактически превратилось в прокурорское дознание, наделенное, однако, узурпированными судебными полномочиями. С точки зрения распределения процессуальных функций, предварительное расследование окончательно утратило признаки состязательности. Это явилось шагом назад по сравнению с Уставами уголовного судопроизводства и даже УПК 1922и 1923 гг. Как заметил тогда председатель Верховного Суда РСФСР П.И. Стучка, речь шла о рецепции старого французского процесса по наполеоновскому Кодексу 1808 г., от слепого следования которому большинство стран отказались еще в XIX в.[5]

Стучка ошибался — даже Наполеон не решился на такую крайность, чтобы напрямую подчинить судебный орган прокуратуре, и следственный судья во Франции всегда оставался членом судебной инстанции. Форма процесса, при которой после дознания сразу начинается судебное разбирательство, существует в ряде стран в основном по делам о малозначительных преступлениях. Там, где речь идет о преступлениях опасных, между дознанием и судом in judicio всегда стоит промежуточный следственный, а лучше — контролирующий *судебный* орган. Иное всегда ведет к утрате предварительным расследованием объективности. Так, в результате описанных выше изменений качество предварительного расследования в советском уголовном процессе резко снизилось: в конце 20-х годов 40 процентов уголовных дел прекращалось судами, «благополучно» пройдя через руки следователей и прокуроров.[6] Смысл этих новаций состоял, как

[1] См.: V Всероссийский съезд деятелей советской юстиции. 10—15 марта 1924 г. Тезисы. Стенографический отчет. Резолюции. М., 1924. С. 193—194.

[2] См.: *Полянский Н. Н.* Новая редакция уголовно-процессуального кодекса, с. 24.

[3] Еженедельник советской юстиции. 1927. №40. С. 125.

[4] СУ РСФСР, 1928, № 117. Ст. 733; СЗ СССР, 1929, № 3. Ст. 106.

[5] См.: *Стучка П. Я.* Тезисы о реформе УПК //Революция права. 1928. №2. С. 68.

[6] См.: Революция права. 1928. №2. С. 87.

выяснилось в дальнейшем, в подготовке советского уголовного процесса к политическим репрессиям 30-50-х годов, хотя сталинская «скорострельная юстиция» часто обходилась и вовсе без помощи следователей, силами одного лишь ОГПУ — НКВД.[1] Можно сказать, что советский уголовный процесс прошел свой «крестный путь», начав его с «Гаввафы»[2] — относительно цивилизованного судопроизводства образца 1922 г. — и взойдя на «Голгофу» массовых репрессий и казней. Тем не менее, именно этот строй предварительного расследования сохранился до наших дней, более того — стал восприниматься и по сию пору воспринимается многими как единственно правильный.[3] Как говорил Сенека, пороки старого времени превратились в нравы настоящего.

Достойным представителем советского периода в развитии процесса стал Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР 1960 г. Его эпоха не была великой и славной, как годы судебных реформ века минувшего, она не была трагической и кровавой, как время берий и вышинских, но она исполнена надежд и разочарований, что само по себе уже немало — ведь это признак прозрения и взросления. Так устроен мир, что конец — всегда чье-то начало, и Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР завершает свои дни, будучи беременным неким новым, особенным содержанием. Новое бурлит и бродит, временами вырывается наружу с молодой энергией и непоследовательностью в виде множества поправок, изменений и дополнений. Поздняя вспышка законодательной активности — не агония изжившего себя закона, а попытка найти твердый и правильный путь развития. Попробуем посмотреть на УПК РСФСР и дать ему оценку с такой, эволюционной, точки зрения. По сравнению с предшествующим уголовно-процессуальным законодательством Кодекс обладает рядом неоспоримых достоинств. Его заслуга состоит в том, что он впервые обнаружил в советском уголовном судопроизводстве *человека:* были четко сформулированы права участников процесса, в первую очередь обвиняемого, и встречные обязанности государственных органов;

[1] С 1929 г. органы дознаия получили возможность принимать на себя расследование дел, относящихся к подследственности следователей прокуратуы.

[2] Гаввафа, или Лифострон, — место пилатова суда над Иисусом Христом. В переводе означает «каменный помост» (См.: Евангелие от Иоана 19,13).

[3] См., например: *Пискарев В.* О следствии и не только о нем // Социалистическая законность. 1989. №2. С. 59-61. Те же, кто говорит об отделении следствия от прокуратуры, имеют в виду лишь организационное отделение — идея единого следственного комитета и т.п. *(Вахитов Ш.К.* Место следственного аппарата в системе государственных органов//Советское государство и право 1988. №2. С.77; Лой/ш/сов А *С.* Об основных направлениях судебно-правовой реформы // Социалистическая законность. 1988. № 6. С. 8; *Карнеева Л. М.* Проблемы перестройки следственного аппарата органов внутренних дел // Социалистическая законность. 1989. № 2. С. 62—63). Однако, как видно из опыта французского и дореволюционного отечественного судопроизводства, это далеко не решает еще проблемы объективности следствия, так как не затрагивает процессуального вопроса о смещении функций.

подозреваемый сделался самостоятельной процессуальной фигурой; защитник был допущен — правда, сначала в ограниченных случаях — на стадию предварительного расследования; получили формальное закрепление в законе принципы независимости судей и осуществления правосудия только судом, равенства граждан перед законом и судом, гласности, обеспечения обвиняемому права на защиту и т.д. Принципиальное значение имело и указание на то, что признание виновности может быть положено в основу обвинения лишь при подтверждении ее совокупностью доказательств. С точки зрения юридической техники, УПК 1960 г. был явным шагом вперед в сопоставлении со «спартанскими» кодексами 1922 г. и 1923 г. — все процедуры, условия и основания процессуальных действий были разработаны в нем более подробно, логично и точно. Все эти его достоинства хорошо известны.

За сорок лет применения УПК выяснились, однако, и многочисленные недостатки. Это, во-первых, чрезмерная идеологизированность. Так, Кодекс ставил перед судопроизводством явно невыполнимую задачу искоренения преступности. При этом неоправданные надежды возлагались на общественность, которой поспешили вручить ряд важных, но явно непосильных для нее полномочий: применение мер общественного воздействия (ст. 7—10), участие в раскрытии преступлений и розыске лиц, их совершивших (ст. 128), и т. п. До сих пор никто толком так и не смог ответить на вопрос, какое содержание вложено в использованные здесь понятия: «социалистическая законность», «социалистическое общежитие», «социалистическое правосознание» и т. п. К дефектам правового регулирования относится декларативность многих норм УПК РСФСР. Права граждан — участников процесса часто не подкреплены санкциями за их нарушение. Среди них — ключевое для правосудия право граждан на судебную защиту от преступлений. Гражданину было сложно добиться возбуждения уголовного дела, если этого не захотят милиция, следователь или прокурор. Даже самое вопиющее нарушение сроков судебного разбирательства, превратившееся ныне в настоящее бедствие, не влечет за собой никаких процессуальных последствий. Большинство прав обвиняемого и подозреваемого, многие права защитника могут быть реализованы лишь при условии согласия или, по крайней мере, непротивления этому государственных органов, ведущих процесс. Примечательно, что вопрос об отводе защитника на стадии предварительного расследования решают именно прокурор, следователь, орган дознания, то есть его процессуальные противники (ст. 66,67[1]).

Процесс построен таким образом, что, по делам о применении принудительных мер медицинского характера к душевнобольным, лица, в отношении которых ведется расследование, практически могут быть лишены защиты, так как защитник допускается к участию в деле только после установления факта душевного заболевания (ст. 405), а для этого обязательно производство длительной судебно-

психиатрической экспертизы (п. 2 ст. 79) с помещением в психиатрическую больницу. Вопреки содержащейся в ст. 14 декларации о равенстве граждан перед законом и судом предусматриваются обширные и не всегда оправданные изъятия из этого принципа — непробиваемые и ставшие уже «притчей во языцех» иммунитеты депутатов Федерального Собрания, подсудность гражданских лиц военным трибуналам,[1] зависимость оказания бесплатной юридической помощи неимущим обвиняемым и подозреваемым от благоусмотрения органа дознания или следователя (ч. 7 ст. 47). Декларативная манера правового регулирования проявляется и в том, что, устанавливая ряд гарантий обвиняемого, закон тут же вводит перечеркивающие эти гарантии исключения. Так, например, говоря о недопустимости ограничения времени ознакомления обвиняемого с материалами дела при окончании расследования, он в следующей же фразе оговаривает право следователя ограничить это время (ч. 6 ст. 201), которое к тому же не включается в срок предварительного расследования (ст. 133), а вплоть до недавнего времени[2] не включалось и в срок содержания под стражей. Вместе с тем во многих случаях уголовно-процессуальный закон проявляет к гражданам излишнюю суровость, если не сказать — свирепость. Чего стоит хотя бы полуторагодичный срок содержания под стражей, который может быть продлен еще на полгода! А ведь речь идет о лице, считающемся невиновным. Закон не исключает принципиальной возможности применения принудительных мер не только к подозреваемому и обвиняемому, но также к потерпевшему и свидетелю (изъятие образцов для сравнительного исследования, принудительное освидетельствование и т. п.).

В заслугу УПК 1960 г. долго ставили то, что он установил единую процедуру производства в отношении всех уголовных дел. Даже производство дознания по делам, по которым следствие не обязательно (ст. 120), осуществляется в тех же основных формах, что и предварительное следствие. Возможно, в начале 60-х годов это и было оправданно по политическим соображениям — как реакция на процессуальные упрощенчества еще живой в памяти эпохи сталинизма, но в дальнейшем такое единство стало анахронизмом. Не учитывалось, что единый порядок судопроизводства из всех европейских государств сохранялся только у нас. Его использование по всем делам связано с крупными материальными затратами, которые не могут себе позволить даже богатые западные страны. В результате догматической приверженности универсальному принципу мы надолго лишились упрощенного, ускоренного производства, таких его форм, как судебный приказ, непосредственный вызов обвиняемого в суд,

[1] Ныне о подсудности гражданских лиц военным судам говорится в п. 3 ст. / < кона РФ «О военных судах Российской Федерации» от 23 июня 1999 г..

[2] См.: Закон РФ «О внесении изменений и дополнений в статьи 26, 97, 1-" ловно-процессуального кодекса РСФСР» от 11 декабря 1996 г.,

суммарное производство и т.п. Лишь в 1992—1993 гг. лед тронулся: были приняты законы, вводящие в УПК единоличный порядок рассмотрения судьями дел некоторых категорий, как, впрочем, и профессиональную коллегию из трех судей и суд присяжных по делам о наиболее опасных преступлениях, подсудных второму звену судебной системы.

«Ахиллесовой пятой» советского уголовного процесса явилось пренебрежение принципом непосредственности исследования доказательств. Все его значение было сведено к банально звучащим в середине XX в. сентенциям типа: суд обязан допросить подсудимого, свидетелей и других лиц, заслушать заключение экспертов, осмотреть вещественные доказательства и огласить документы (ч. 1 ст. 240). Вряд ли кому-нибудь из судей придет сейчас в голову «настрочить» приговор в духе розыскного процесса прямо по материалам предварительного расследования, без всякого судебного разбирательства. В то же время в УПК не нашли закрепления такие важнейшие права обвиняемого, вытекающие из данного принципа, как право на очную ставку со свидетелями обвинения; право на вызов и допрос свидетелей защиты «на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него» (п. *«е»* ст. 14.2 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г.); обязанность следователя и суда стремиться к получению доказательств первоначальных, не ограничиваясь производными. Более того, Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 24 января 1985 г. суду было предоставлено право в случае отложения разбирательства дела «допросить явившихся свидетелей, эксперта или специалиста, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика или их представителей» (ч. 2 ст. 277) с тем, чтобы в дальнейшем освободить их от участия в деле и ограничиться лишь оглашением их показаний (ч. 3 ст. 286). Это существенное отступление отданного принципа (не говоря уже о том, что допрос представителей есть нонсенс).

УПК РСФСР изощрен по форме, но порой просто убог по содержанию. Прежде всего это касается дополнительных прав и гарантий для лиц, которым грозит применение смертной казни. Коль скоро мы безоговорочно еще не готовы отказаться от «us gladii» — этого древнего «права меча» (мораторий на смертную казнь есть полумера), что мешало обставить его применение такими дополнительными процессуальными условиями, которые сводят к минимуму риск судебной ошибки? УПК РСФСР из всех гарантий подобного рода воспринял только одну (хотя и весьма важную) — обязательное участие в деле защитника (п. 5 ч. 1 ст. 49). За бортом остались такие меры, как обязательное проведение судебно-психиатрической и судебно-психологической экспертиз личности обвиняемого, обязательный, в силу закона, апелляционный пересмотр приговора в условиях непосредственного исследования доказательств, непременное рассмотрение по каждому делу вопроса о помиловании или смягчении

наказания. Это тем более необходимо, что в ст. 6.4 Международного пакта о гражданских и политических правах сказано: «...амнистия, помилование или замена смертного приговора могут быть дарованы во всех случаях». УПК РСФСР не затрагивает вопросов о выдаче иностранным государствам лиц, обвиняемых или осужденных за совершение преступлений; о восстановлении утраченного производства по делу; в нем отсутствует процедура возмещения гражданам ущерба, причиненного им незаконными и необоснованными действиями органов предварительного расследования, прокурора, суда (ст. 58[1]).

Впрочем, почти все перечисленные недостатки УПК РСФСР имеют не самостоятельный, а производный характер. Если в двух словах назвать их первопричину, это будет устаревший, даже архаический, тип российского процесса, отражающий те социальные и политические реалии, в которых ему пришлось развиваться на протяжении приблизительно семидесяти лет. Советский уголовный процесс, начиная, по крайней мере, с 1928 г., имел весьма жесткую смешанную форму: предварительное расследование в нем розыскное, а судебное разбирательство — состязательное.' При этом недостаток процесса французского типа, состоящий в обвинительном крене следственного судьи, в нем еще более усугубился за счет фактической подмены предварительного следствия дознанием, которое почему-то продолжают именовать следствием. УПК РСФСР 1960 г., несмотря на его внешний «демократический» блеск, сохранил это «революционное завоевание», которое в основных чертах просуществовало до наших дней. Розыскные признаки нынешнего уголовного судопроизводства России проявляются в следующем. На досудебных стадиях «хозяином процесса» остается прокурор — главный носитель функции уголовного преследования. Следователь, которому от прежнего режима остался лишь классный чин или звание офицера юстиции, представителем судебной власти не является, он есть по-прежнему «маленький прокурор». Между государственным обвинителем и обвиняемым нет нейтрального и независимого арбитра, перед лицом которого предъявлялось бы обвинение и исследовались судебные доказательства. При этом орган расследования, конечно, не равен обвиняемому. Он субъект, а обвиняемый — объект исследования и управления. Их нельзя назвать сторонами, даже если обвиняемый пользуется помощью защитника, — ведь обвинитель может использовать на предварительном следствии такие средства, которые защита не может там найти ввиду своей второстепенной роли в этом производстве. Реализация большинства прав обвиняемого и защитника, как уже отмечалось выше, поставлена в зависимость от усмотрения органов уголовного преследования. Здесь нет и спора сторон как

См.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1957. С. 87.

двигателя процесса, а есть расследование обстоятельств дела в силу принципа официальности. Все основные решения на предварительном следствии, в том числе юрисдикционного характера, принимает орган расследования и прокурор, которые таким образом заменяют суд, юстицию.

Поскольку обвинение предъявляется не просто обвинителем, а «обвинителем-судьей», оно лишается состязательной природы уголовного иска и приобретает значение первого официального вывода о виновности привлекаемого к уголовной ответственности лица. Поэтому здесь, как и положено в розыскном процессе, обесценивается презумпция невиновности — ведь согласно ей официальное признание обвиняемого виновным должно состояться не ранее чем будет вынесен и вступит в силу обвинительный приговор суда. Не здесь ли следует искать объяснение тому факту, что презумпция невиновности никак не может пробиться в Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР? Реально в российском уголовном процессе лицо может претендовать на статус невиновного лишь до задержания, применения к нему меры пресечения или вынесения постановления о привлечении его в качестве обвиняемого. И только в случае реабилитации оно снова может считаться невиновным. К сожалению, в промежутке между названными актами это лицо практически уже не считается невиновным, хотя вывод о его виновности и носит предварительный характер. Именно это открывает путь к длительным срокам подследственного ареста, а то и задержания, в чем и состоит, наверное, причина удивительной глухоты УПК к громогласным одам в честь этой знаменитой презумпции. Ведь иначе после ареста обвиняемого следовало бы судить как можно быстрее — нельзя же без судебного приговора содержать под стражей того, кто считается невиновным! Но тогда сроки расследования стали бы напоминать шагреневую кожу.

Не свободны от влияния розыскного начала и судебные стадии. До недавнего времени это выражалось в смешении процессуальных функций юстиции и уголовного преследования. Так, в соответствии сост. 3, 109,112,255,256,418 УПК РСФСР, суд был обязан возбуждать уголовные дела, том числе и в отношении определенных лиц, что является по сути начальной фазой уголовного преследования. При отказе прокурора от обвинения УПК РСФСР предписывал суду продолжить разбирательство дела (ч. 4 ст. 248), то есть фактически брать на себя функцию обвинения. Нередко подобное смешение усматривается и в так называемых дискреционных полномочиях суда по допросу подсудимого, свидетелей (ст. 280, 283, 287), установлению порядка исследования доказательств (ст. 279), вызову новых свидетелей (ч. 4 ст. 276) по своему усмотрению. На вопросе об активности суда стоит заострить внимание ввиду его особой важности как для объективной оценки УПК 1960 г., так и для перспектив реформирования российского судопроизводства. Активность суда иногда рассматривают как атрибут розыскного процесса. На этом

основании задачу судебной реформы видят в резком ограничении принципа ex offlcio в деятельности суда.[1] На наш взгляд, данный вопрос не имеет однозначного решения, пригодного «для всех времен и народов». Как уже отмечалось выше, в одних исторических условиях активность суда действительно может иметь розыскную подоплеку, в других — быть проявлением публичной состязательности. Важно, чтобы суд был фактически независим от исполнительной власти,- не был ее продолжением, а это возможно лишь при полной победе в соответствующей правовой системе идеологии конституционализма. При этом следует различать инициативу, активность как источник движения уголовного дела (такая активность противопоказана в состязательном процессе любому суду и уместна лишь для сторон) и активность, в которой проявляется стремление установить истину. В такой активности для независимого суда нет ничего зазорного, поскольку истина — основа правосудия. Если же суд зависим, активность ему в самом деле противопоказана! Следовательно, весь вопрос в том, независимы ли российские судьи? Он слишком серьезен и многосторонен, чтобы решать его походя, однако если говорить о главной предпосылке судейской независимости — разделении властей, то можно указать здесь на то, что большинство судей, за исключением членов высших судов, назначаются российским Президентом (ст. 128 Конституции), который юридически и фактически является главой исполнительной власти. Таким образом, приходится констатировать, что над созданием действительного правового основания для активности российских судей в уголовном процессе еще нужно основательно потрудиться.

Помимо названных выше, в УПК РСФСР и в ряде других законов, содержащих уголовно-процессуальные нормы, сохраняется немало менее существенных аксессуаров розыскного порядка, связанных то с процессуальной обрядностью (направление подсудимому копии обвинительного заключения судьей, а не следователем или прокурором — ст. 237), то с терминологическими оборотами, отличающимися особым пиететом перед государственным обвинением: *заключения* прокурора по возникающим в судебном заседании вопросам в противовес *мнениям* защитника (ст. 248, 249), надзор прокурора за законностью и обоснованностью судебных актов (ст. 32 Закона о прокуратуре РФ) и т.д.

В целом УПК РСФСР 1960 г. можно охарактеризовать как нормативный акт эпохи авторитарного политического режима, реализующий следственно-розыскной тип судопроизводства, внешне облеченного в некоторые состязательные формы. Его основными недостатками являются декларативность и демагогичность, раздутая роль государственных органов, смешение процессуальных функций, яв-

См.: *Петрухин И. Л.* Состязательность и правосудие, с. 130, 131.

ный перевес уголовного преследования над защитой, приниженная роль личности, негибкость процессуальных форм. Как результат низкое качество подготовки дел и обвинительный уклон в деятельности не только следователей, но и судей. Не случайно звучит тревога в обзорах судебной практики: «...наиболее распространенным основанием отмены приговоров остается неполнота предварительного и судебного следствия, односторонность в исследовании обстоятельств дела и оценке доказательств... проверка в порядке надзора дел, как и кассационная практика, свидетельствует о том, что суды допускают необоснованные осуждения граждан».[1] Конечно, было бы наивным упрощенчеством считать несовершенства Кодекса единственной причиной всех несчастий. Однако несомненно другое — его дефекты обусловлены теми же факторами, что и кризисные явления в советском и постсоветском российском обществе. В основе своей это гипертрофированная роль государства и властно-административных методов регулирования, лишающая общество стимулов к саморазвитию, бюрократические традиции управления, подтачивающие государство и развращающие народ. Это вечная раздвоенность «особого», «восточно-западного» пути России, который, как теперь окончательно стало ясно, способен завести ее в исторический тупик. Необходимо наконец сделать выбор. Уголовное правосудие в этом смысле не исключение. Нельзя недооценивать его значения для социально-политического состояния общества. Уголовный процесс должен изгнать архаические розыскные элементы как из предварительного расследования, так и из суда, обеспечив реальные права личности и состязательность в сочетании с разумной активностью и независимостью суда.

§ 3. СУДЕБНО-ПРАВОВАЯ РЕФОРМА В РОССИИ И ТИПОЛОГИЯ ПРОЦЕССА

Решить задачу модернизации нашего уголовного судопроизводства была призвана судебная реформа. Первые ее шаги были сделаны еще в конце 80-х — начале 90-х годов союзным законодателем. Сначала Основами законодательства о судоустройстве от 13 ноября 1989 г., а затем Законом СССР от 10 апреля 1990 г. «О внесении изменений и дополнений в Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик» любому обвиняемому было даровано право пользоваться помощью защитника с момента предъявления обвинения. Такое же право впервые было предоставлено и подозреваемому при задержании или аресте. Правда, если в Основах законодательства о судоустройстве говорилось об участии защитника уже с

Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 11. С. 15.

момента задержания и ареста (ч. 1 ст. 14), то в процессуальном законе от 10 апреля 1990 г. планка была повышена — защитник допускался лишь с момента объявления подозреваемому протокола задержания или постановления об аресте, «но не позднее двадцати четырех часов с момента задержания» (ч. 1 ст. 22 Основ уголовного судопроизводства в редакции 1990 г.).

Запомним нюанс относительно 24 часов — он станет яблоком раздора в толковании этой нормы на все пять последующих лет. Даже в 1994 г. в серьезном журнале можно было встретить сетования уважаемого ученого на то, что «задержанный лишь спустя сутки может встретиться с защитником. Этот срок чрезвычайно велик».[1] Но ведь в УПК РСФСР двадцатичетырехчасовой «тайм аут», данный органам предварительного расследования с единственной целью — чтобы они успели допросить подозреваемого еще до свидания с защитником, фактически не попал! Весьма радикальным Законом «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР» от 23 мая 1992 г. акцент был смещен: вместо права органов расследования и прокурора допускать (или не допускать) защитника подозреваемого по своему усмотрению в течение 24 часов с момента задержания появилось право подозреваемого и обвиняемого настаивать на участии в деле именно избранного ими защитника также в продолжение 24 часов, но аналогично тому, как обвиняемый может 5 суток ожидать своего защитника при выполнении требований ст. 201 УПК. Другой суточный срок был предоставлен заведующему юридической консультацией или президиуму коллегии адвокатов для выделения защитника с момента получения соответствующего уведомления. Таким образом, невинное, на первый взгляд, изменение акцента на деле обернулось тем, что обвиняемый в принципе получил возможность разговаривать с обвинением уже на другом, юридическом языке. Свидания с защитником наедине и без ограничения количества и продолжительности было запрещено ставить в зависимость от предварительного допроса подозреваемого или обвиняемого (ч. 5 ст. 51 УПК).

Сегодня совершенно ясно — суточная оттяжка встречи с защитником вовсе не вытекает и «из сопоставления ст. 47 и ст. 122 УПК». Предусмотренный ч. 3 ст. 122 УПК 24-часовой срок отведен органу дознания лишь для того, чтобы письменно сообщить о задержании прокурору. Из этого не следует, что все это время можно тянуть с составлением протокола, иначе задержанному придется просто предложить погулять до того момента, пока его наконец соберутся взять под стражу. Дело в том, что основанием для водворения подозреваемого в ИВС, как это вытекает из содержания ч. 1 ст. 5 Закона РФ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении пре-

Савицкий В. М. Уголовный процесс России на новом витке демократии, с. 99.

ступлений», является протокол задержания. Следовательно, протокол составляется еще до помещения подозреваемого под стражу. Но так как это протокол следственного действия — задержания, он должен, согласно ст. 141 УПК, быть прочитан непосредственно после его составления участникам этого следственного действия, и в первую очередь подозреваемому.

Получается, что объявлять протокол задержания подозреваемому надо еще до водворения его под стражу, а это означает: избранный им защитник, если он фактически может приступить к исполнению своих обязанностей, должен быть допущен к участию в деле не через 24 часа, а сразу же после оформления задержания.

Положение стало еще более острым после разъяснения, данного Пленумом Верховного Суда РФ в п. 17 постановления № 8 от 31 октября 1995 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия», о том, что, если в нарушение названных правил защитник не привлечен для оказания помощи подозреваемому или обвиняемому, все полученные в результате следственных действий с их участием доказательства теряют юридическую силу. Пикантность ситуации заключается в следующем: ч. 1 ст. 47 УПК предполагает, как мы только что видели, немедленный допуск защитника с момента объявления подозреваемому протокола задержания еще до водворения в изолятор, не оговаривая это никакими другими условиями, а в ч. 7 той же статьи установлен суточный срок для выделения адвоката юридической консультацией. Налицо коллизия процессуальных норм. Вопрос: что делать, если протокол задержания объявлен и, значит, право на участие защитника у подозреваемого возникло, однако избранный им защитник не может явиться в течение 24 часов, а следователь через юридическую консультацию вызывает другого адвоката? Очевидно, производство любых следственных действий с участием подозреваемого до появления адвоката в таких ситуациях бесперспективно, поскольку их результаты должны быть признаны недопустимыми в качестве доказательств. С другой стороны, Верховный Суд почему-то не возбраняет в этой ситуации получение от задержанного иных документов в смысле ст. 88 УПК, например объяснений, заявлений и т. п. С учетом правила о том, что доказательства не имеют заранее установленной силы (ст. 71 УПК), это практически дает средство обходить названные выше указания Пленума.

Означает ли свободный доступ защитника к участию в предварительном расследовании, что состязательность усилила здесь свой плацдарм? Безусловно да. Ведь институт защиты от обвинения, в том числе участие в деле на стороне обвиняемого профессионального юриста, имеет состязательное происхождение. Может быть, предварительное расследование сделалось состязательным лишь в результате допуска защитника? Такое утверждение было

бы чересчур оптимистичным, поскольку состязательный процесс предполагает наличие трехстороннего правоотношения, когда между уголовным преследованием и защитой стоит нейтральный арбитр — судебный орган, который принимает решения по делу. В отсутствие такого арбитра обвиняемый и защитник находятся в неравном положении с органами предварительного расследования и прокурором. Какой бы объем прав ни был продекларирован законом для обвиняемого и защитника, их практическая реализация в этих условиях всегда будет зависеть от усмотрения органа уголовного преследования, ведущего процесс. Таким образом, предварительное расследование по-прежнему имеет в российском уголовном процессе розыскной характер, если смотреть на него с точки зрения соотношения функций. Правда, тем же Законом от 23 мая 1992 г. УПК был дополнен ст. 220' и 220^2, которыми вводилась процедура судебного обжалования ареста или продления сроков содержания под стражей.

В судебном заседании по проверке законности и обоснованности ареста или продления его сроков участвуют стороны (ч. 3 ст. 220^2). Однако можно ли назвать данную процедуру вполне состязательной? Состязательность предполагает непосредственное исследование судом и лицами, участвующими в деле, доказательств. В ином случае трудно гарантировать действительное равенство сторон, а также полную объективность и независимость суда — эти несущие конструкции всякого состязательного процесса. В ходе же судебной проверки ареста исследуются только письменные «материалы, подтверждающие законность и обоснованность» этой меры пресечения (ч. 3 ст. 220'), которые, как правило, отличаются стандартной скупостью. Участники заседания лишь «заслушиваются» (ч. 5 ст. 220^2) для обоснования жалобы или, напротив, правомерности ареста: о даче показаний обвиняемым, подозреваемым, свидетелями и т.п. речь не идет. Кроме того, на практике обвиняемого и защитника часто даже не знакомят с названными материалами, так как законодатель не позаботился указать, кто должен организовывать и фиксировать такое ознакомление.[1] Судья под этим предлогом вполне может отказать защите в ознакомлении с тем, что будет предметом «спора». Но судебный спор «вслепую» еще более далек от состязательности, чем отступления от принципа непосредственности. И тем не менее главное даже не в этом. Поскольку здесь проверяется не только законность, но и обоснованность ареста (задержания), судья просто вынужден рассматривать вопросы, связанные с доказыванием виновности обвиняемого или подозреваемого. Как, например, практически убедиться в

[1] См.: *Никандров В. И.* Институт судебной проверки правомерности ареста: практика применения и проблемы совершенствования // Государство и право. 1996. №. 7. С. 127.

возможности уклонения обвиняемого от следствия и суда, когда он заявляет о своей невиновности или есть другие оправдательные доказательства? Ведь когда человек невиновен, опасность уклонения значительно меньше, если есть вообще. Наоборот, виновность в совершении серьезного преступления и давление уличающих доказательств способны подтолкнуть обвиняемого к спасению бегством и т.п. Один только факт предъявления обвинения вопроса еще не проясняет, и суду (если он хочет подойти к вопросу не формально) волей-неволей приходится задуматься над обоснованностью привлечения лица к уголовной ответственности, ибо она сама выступает важным аргументом в пользу возможности уклонения обвиняемого от следствия и суда. Поэтому, когда судья убеждается в обоснованности ареста и отклоняет жалобу, происходит неизбежное сближение функций юстиции и уголовного преследования. Не случайно в Англии — родоначальнице процедуры, связанной с судебным приказом habeas corpus, проверке подвергается лишь законность, но отнюдь не обоснованность ареста. Это помогает судебной системе сохранить «белые одежды» в состязательном процессе.

Не менее решительным шагом по пути реформирования уголовного процесса было включение в УПК правила о том, что доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы (ч. 3 ст. 69). Данная норма, принятая во исполнение требования п. 2 ст. 50 Конституции, по существу является заимствованием правила об исключении доказательств из процесса английского типа. Однако в уголовном процессе Англии и особенно США практика применения этих правил довольна противоречива, они не имеют здесь универсального характера, распространяясь лишь на отдельные ситуации, связанные с получением тех или иных видов доказательств (недопустимость показаний с чужих слов и результатов предъявления опознания без участия защитника, «правило Миранды» и т.д.). Норма же, закрепленная в ч. 3 ст. 69 УПК, звучит категорически и при буквальном ее толковании охватывает все без исключения случаи процессуальных нарушений, допущенных при собирании и проверке доказательств, невзирая на то, насколько существенным является каждое из них. Мудрые римские юристы в подобных случаях говорили: «Хорош тот закон, который исполним». А вот с исполняемостью этого «ура-демократического» требования имеются проблемы. И вопрос не только в том, что качество предварительного расследования, да и судебного разбирательства, у нас часто оставляет желать лучшего и абсолютное применение правила об исключении доказательств может временно парализовать деятельность правоохранительных органов. Догматическое применение этого правила расходится со здравым смыслом. К примеру, неподписание протокола следственного действия понятыми безусловно является нарушением процессуального закона (ч. 4 ст. 141). Но было бы нелепо и несправед-

ливо признать такой протокол не имеющим никакого значения для дела и лишенным доказательственного смысла. Нет нужды устранять его из числа допустимых доказательств: понятые могут быть вызваны в суд и допрошены в качестве свидетелей, подтвердив факт своего участия в следственном действии и обстоятельства, изложенные в протоколе. Как уже было сказано при рассмотрении принципа законности в состязательном процессе, восполняемые процессуальные нарушения не должны безвозвратно устранять допустимость доказательств, они лишь требуют дополнительной проверки их достоверности. Следовательно, правило об исключении доказательств в российском судопроизводстве нуждается в дальнейшей теоретической разработке и законодательной дифференциации.

Кульминационным моментом судебной реформы считается воссоздание в российском уголовном процессе суда присяжных (Закон РФ от 16 июля 1993 г.). В его основе безусловно лежит состязательная идея. Более того, несмотря на то, что в большинстве стран континентальной Европы (Франция, Германия, Италия и др.) суд присяжных фактически уступил место более практичному и современному шеффенскому суду, для современной России он на обозримый период продолжает быть весьма актуальным как наилучшая гарантия против фабрикации обвинений, против использования уголовной юстиции в нечистоплотных политических или экономических целях. Вместе с тем нельзя сказать, что возвращение в Россию этого института напоминает триумфальное шествие. Скорее наоборот, суд присяжных даже не был допущен в столицы и, словно провинциальный актер, «гастролирует» на периферии. Это не может объясняться лишь недостатком средств: ведь, скажем, для Иванова, Саратова или Рязани денег на суд присяжных найти не легче, чем для Москвы или Санкт-Петербурга. Вероятнее другое — внедрение в повседневную юридическую практику суда присяжных вызывает (и справедливо!) опасения у многих работников правоохранительных органов, ибо, будучи лишен корпоративных пристрастий и неизбежно притягивая к себе цвет российской адвокатуры, он может развеять миф о «высоких показателях раскрываемости преступлений и качества предварительного расследования».[1] На торможении процесса введения суда присяжных сказываются и некоторые недоработки его собственной процессуальной формы. Это недостаточная продуманность вопросов о задачах и средствах предварительного слушания дела, о защите присяжных от незаконного воздействия, о целесообразности продолжения участия присяжных в деле в случае признания подсудимым своей виновности, о структуре и порядке ведения судебного следствия в случае, когда подсудимый отрицает виновность, о последовательности представления и исследования доказательств сторонами

Статкус В. Ответ «реформаторам» // Новое время. 1990. № 33. С. 28.

обвинения и защиты и др.[1] Если учесть все это, то становится понятным, почему эта судебная форма явно пробуксовывает на российском правовом бездорожье.

На фоне этих преобразований кажется курьезом метаморфоза, случившаяся со стадией предания суду,[2] которая стала называться «Полномочия судьи до судебного разбирательства дела и подготовительные действия к судебному заседанию». Были ликвидированы также распорядительные заседания как форма предания суду и зачем-то исключен ранее содержавшийся в ст. 221 и 227 УПК полезный запрет на предрешение в данной стадии вопроса о виновности обвиняемого. Практически все полномочия судей по проверке дела и подготовке его к судейскому разбирательству сохранились.

Стремление законодателя избавиться от распорядительных заседаний еще можно как-то понять: это предохраняет ранее участвовавших в них народных заседателей от формирования скороспелого мнения о виновности подсудимого; кроме того, отсутствие распорядительных заседаний экономит время для судебного разбирательства. Непонятно только, кому помешало яркое и точное название стадии — «предание суду»? Ничего «несостязательного» или зазорного в нем не было и нет — ведь слово «предание» не одно и то же, что «предательство».[3] Рассмотрение судьей после передачи дела в суд вопросов, связанных с контролем за произведенным предварительным расследованием и назначением судебного разбирательства, есть не что иное, как стадия предания суду, в точном соответствии со смыслом этого словосочетания. Предание суду не имеет форму самостоятельной стадии в единственном случае, когда этот вопрос решает сам обвинитель, например прокурор.

Оценивая все названные выше новации, призванные, по мысли законодателя, вдохнуть дух состязательности в бывший советский уголовный процесс, можно заметить, что многие из них сами уже нуждаются в реформировании. Они разрозненны, не составляют единой органической системы и напоминают новые заплаты, от которых, как известно, ветхая ткань рвется еще быстрее. Российской судебной реформе не хватает стержня, вокруг которого она бы естественно развивалась. Таким фактором могла бы, на наш взгляд, служить концепция постсостязательного процесса.

О том, что это не голословное утверждение, свидетельствует удивительный феномен, очевидцами которого мы все являемся, — фейерверк решений Конституционного Суда РФ второй половины 90-х

[1] См.: *Петрухин И. Л.* Состязательность и правосудие, с. 133—137.

[2] См.: Закон РФ от 29 мая 1992 г. «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР „О судоустройстве РСФСР", Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы РСФСР».

[3] Кстати, в ст. 127,254,314 УПК РСФСР и некоторых других этот термин сохранился.

годов, многие из которых посвящены уголовному судопроизводству. Нельзя сказать, что все постановления Конституционного Суда идеальны — некоторые дают пищу для критики, — но нельзя отрицать их три интересные особенности. Во-первых, обычные граждане, даже обвиняемые и подозреваемые в совершении преступлений, в кои веки получили определенную возможность, опираясь на рычаг права, влиять не только на исход своего конкретного дела, но и непосредственно на закон. Во-вторых, Конституционный Суд посредством этих решений фактически приступил к осуществлению того, что принято называть судебным надзором в интересах закона, когда конкретное дело не пересматривается по жалобе, но из него извлекается вывод, имеющий на будущее обязательную силу. Результатом таких действий являются судебные прецеденты[1], а их совокупность имеет шанс в перспективе образовать нечто подобное тому, что в Англии получило название «права справедливости» (equity law), то есть прецедентные нормы, создаваемые на основе общих принципов справедливости с целью исправления недостатков норм обычного права. В данном случае общие принципы извлекаются Конституционным Судом из Конституции и международного права. Поскольку эти принципы, как правило, сформулированы широко, Конституционный Суд пользуется определенной свободой в их толковании. В-третьих, некоторые из этих решений прямо влияют на типологическую характеристику российского уголовного процесса. Попробуем прочесть их именно с этой, типологической точки зрения. Речь идет о следующих постановлениях:

1. По делу о проверке конституционности ст. 220[1] и 220[2] в связи с жалобой Аветяна от 3 мая 1995 г., когда был признан неконституционным отказ в судебной проверке законности и обоснованности ареста лицам, которые еще не заключены под стражу, но в отношении которых вынесено соответствующее постановление. Конституционный Суд, в частности, указал, что судебной проверке подлежит не сам арест, а законность и обоснованность применения этой меры.

2. По делу о проверке конституционности ч. 5 ст. 209 УПК в связи с жалобами Самигуллиной и Апанасенко от 13 ноября 1995 г. В этом постановлении Конституционный Суд дал «зеленый свет» судебному обжалованию прекращения уголовного дела органами предварительного расследования на том основании, что все решения органов власти, местного самоуправления и должностных лиц могут быть обжалованы в суд (ч. 1,2 ст. 46 Конституции РФ).[3]

3. Постановление от 2 февраля 1996 г., которым был назван неконституционным такой признак вновь открывшихся обстоятельств, которые служат основаниями для возобновления дел, как *неизвестность* их суду при постановлении приговора или определения (п. 4 ч. 2 ст. 384 УПК).[4] Это решение продиктовано стремлением расширить круг оснований для пересмотра дел по вновь открывшимся обстоятельствам.

[1] См.: *Витрук Н. В.* Конституционное правосудие. М., 1998. С. 85

[2] См.: Собрание законодательства РФ. 1995. № 19. Ст. 1764.

[3] См.: Российская газета. 1995, 28 ноября.

[4] См.: Российская газета. 1996, 15 февраля.

Суть вопроса состояла в том, что если надзорная инстанция пропустила судебную ошибку, о которой объективно можно было узнать из материалов дела, то это обстоятельство уже нельзя относить к разряду «неизвестных» суду и, следовательно, считать вновь открывшимся. Поэтому если подобный факт выяснялся после рассмотрения дела в порядке надзора последней судебной инстанцией страны — Президиумом Верховного Суда РФ, то по вновь открывшимся обстоятельствам такое дело к производству Президиумом принято быть уже не могло. В итоге допущенная ошибка оставалась неисправленной, а право граждан на судебную защиту нереализованным. Однако следует иметь в виду, что, стирая грань между «старыми» и вновь открывшимися обстоятельствами, Конституционный Суд тем самым «поставил под сомнение» и принцип поп bis in idem — краеугольный для всякого пересмотра судебных решений, особенно для тех, которые вступили в законную силу. Есть основания говорить, что теперь не только в порядке надзора, но и при пересмотре по вновь открывшимся обстоятельствам обвиняемого судят дважды за одно и то же.

4. По делу о проверке конституционности ч. 5 ст. 97 УПК в связи с жалобой Щелухина от 13 июня 1996 г. Конституционный Суд признал недопустимым исключение времени ознакомления обвиняемого с материалами уголовного дела при окончании расследования из срока содержания под стражей.' В данном постановлении Конституционный Суд фактически выступил не против самого продления срока ареста сверх предельных полутора лет, установленных законом (ч. 3 ст. 97 УПК), а только против его продолжения «без необходимых оснований, должной процедуры и вне каких-либо определенных или контролируемых сроков» (п. 4). Государственная Дума отреагировала на это постановление законом, который ввел соответствующее дополнение в ч. 4 ст. 97 УПК.[2] По ходатайству Генерального прокурора РФ, а также прокурора субъекта РФ и приравненных к нему прокуроров судья вправе продлить срок содержания под стражей сверх предельного до момента окончания ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами дела и направления его в суд, но не более чем на шесть месяцев. Следовательно, полуторагодичный срок содержания под стражей на самом деле больше не является предельным, а общее время действия этой меры пресечения может достигать двух лет.

Такое решение проблемы вызывает возражения. Прежде всего в Международном пакте о гражданских и политических правах, на который ссылается в своем постановлении и Конституционный Суд, говорится не только о том, что обвинение должно быть рассмотрено уголовным судом без неоправданной задержки (п. 3 ст. 14), но и о том, что обвиняемый имеет право на судебное разбирательство в течение такого времени, которое определено в английском тексте Пакта (п. 3 ст. 9) термином «reasonable». Он переводится на русский язык как (благо)разумный, умеренный, приемлемый. Оба эти положения ст. 9 и 14 Пакта одинаково обязательны и по сути составляют одну норму. Поэтому ограничиться указанием на недопустимость «неоправданной задержки» проведения судебного разбирательства — значит исказить проблему. Ведь если задержка «оправданна», например мотивирована «социально оправданными целями», то может создаться впечатление, что защищаемые Пактом права арестованного уже соблюдены, к чему фактически и пришел Конституционный

[1] См.: Российская газета. 1996, 2 июля.

[2] См.: Закон от 11 декабря 1996 г. «О внесении изменений и дополнений в статьи 26, 97, 133 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР».

[3] The Oxford Russian Dictionary. Oxford university press. M., 1995. C 1100. В русском варианте текста Пакта говорится о «разумном сроке» для начала судебного разбирательства.

Суд в своем постановлении (п. 5-6). Правда, он ссылается и на международный Свод принципов защиты всех лиц, подвергнутых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, принятый Генеральной Ассамблеей ООН 9 декабря 1988 г., где также говорится о проведении судебных разбирательств в «разумные сроки» после ареста. Однако термин «разумный» значит «логичный, целесообразный».[1] Вопрос: для кого целесообразный? Очевидно, для тех, кто проводит расследование и принимает решение об аресте, в том числе для достижения «сугубо организационных задач» (п. 5 постановления Конституционного Суда).

Но как быть с «умеренностью и приемлемостью» двухгодичного срока подследственного содержания под стражей? Умеренный ли это срок? Он в десять раз превышает начальный — так сказать, нормальный — двухмесячный срок ареста и вполне соизмерим со сроками наказания в виде лишения свободы по очень многим статьям УК РФ либо даже превышает их. Это, кажется, чувствует даже законодатель — каждый раз, когда речь идет о продлении этого срока, он делает в сторону обвиняемого извиняющийся реверанс: содержание под стражей «не может продолжаться более двух месяцев», продление свыше трех месяцев может быть осуществлено «только ввиду особой сложности дела» (ч. 1 ст. 97 УПК), а свыше шести месяцев «допускается в исключительных случаях» (ч. 2 ст. 97 УПК). В ч. 4 ст. 97 отбрасывается всякая вежливость, а просто говорится, что если <<предельный»(?!) срок истекает, то его можно продлить.

Приемлем ли данный срок предварительного содержания под стражей, например, для невиновного, коим должен считаться обвиняемый вплоть до вступления в законную силу приговора суда? А ведь в случае действительной реабилитации невиновный фактически отбудет срок, сопоставимый со сроком наказания за не совершенное им преступление. Приемлем ли для граждан подобный риск в виде платы за охрану их государством от преступности и стоит ли менять на это право на свободу и личную неприкосновенность, данные Конституцией (ст. 22)? Несправедливо, а значит неприемлемо для граждан, когда подследственный арест соразмерен по тяжести с мерами наказания, поэтому его естественный предел, по-видимому, должен находиться где-то на уровне установленного УК РФ минимального срока лишения свободы, то есть не превышать шести месяцев. Ситуация, когда одной из сторон в процессе грозит «проигрыш» больший, чем «ставка в самой игре», есть нарушение принципа равенства сторон.

5. По делу о проверке конституционности ст. 6 УПК РСФСР в связи с жалобой Сушкова от 28 октября 1996 г. Основываясь на презумпции невиновности, праве граждан на судебную защиту своих прав и свобод и принципе осуществления правосудия только судом, Конституционный Суд постановил, что прекращение уголовного дела вследствие изменения обстановки «не означает установления виновности лица в совершении преступления, не препятствует осуществлению им права на судебную защиту и предполагает получение его согласия на прекращение уголовного дела по указанным основаниям»

6. По делу о проверке конституционности ст. 418 УПК в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края от 28 ноября 1996 г.[3] Этим решением предусмотренные ст. 418 УПК полномочия судьи по возбуждению или отказу в возбуждении уголовного дела при поступлении материалов, подготовленных в протокольной форме

[1] *Ожегов С. И., Шведова И. Ю.* Толковый словарь русского языка, с. 644.

[2] См.: Российская газета. 1996. 6 ноября.

[3] См.: Российская газета, 1996. 6 декабря.

в суд, а также его обязанность изложить в постановлении о возбуждении дела формулировку обвинения были признаны не соответствующими ст. 120 и ч. 3 ст.123 Конституции, то есть принципам[1] независимости суда и равноправия сторон. Конституционный Суд создал прецедент судопроизводства вообще без акта возбуждения дела. Вместо этого появляется как бы акт возбуждения уголовного преследования в форме направления санкционированного прокурором протокола и соответствующих материалов в суд. Эта процедура напоминает французский институт непосредственного вызова обвиняемого в суд без производства формального предварительного расследования. Таким образом, протокольная форма в российском уголовном процессе совершенно неожиданно для себя вдруг сделалась состязательной. Этим постановлением, кроме того, расчищается путь и к следующему шагу в направлении состязательного процесса — освобождению суда от обязанности возбуждать уголовные дела в ходе судебного разбирательства в соответствии со ст. 255, 256 УПК.

7. По делу о проверке конституционности ст. 44 УПК РСФСР от 16 марта 1998 г. Установлено, что передача дел Верховным Судом РФ из одного суда в другой в целях более быстрого, полного и объективного рассмотрения может осуществляться лишь в рамках судебной процедуры и при наличии указанных в самом процессуальном законе точных оснований, по которым дело не может быть рассмотрено в том суде, к подсудности которого оно отнесено законом, и правил определения компетенции другого суда. Этим решением Конституционный Суд, по сути, «восстановил в правах» институционный состязательный принцип обычного, или естественного, суда как гарантию внешней судебной независимости.

8. По делу о проверке конституционности отдельных положений ст. 331 и 464 УПК РСФСР в связи с жалобами ряда граждан от 2 июля 1998 г. были признаны неконституционными положения, исключающие до постановления приговора возможность обжалования и пересмотра в кассационном порядке решений суда первой инстанции о назначении судебного заседания или направлении уголовного дела для производства дополнительного расследования, поскольку они сопряжены с применением или продлением мер пресечения или иных принудительных мер; о применении или изменении меры пресечения, о помещении лица в медицинское учреждение для проведения стационарной судебно-психиатрической экспертизы, а также об отложении разбирательства, приостановлении уголовного дела или о роспуске коллегии присяжных заседателей и связанном с этим возобновлении подготовки к рассмотрению дела, поскольку указанные решения затрагивают конституционные права и свободы и, в частности, сопряжены с фактическим продлением срока содержания под стражей.'

9. По делу в связи с запросом Московского городского суда и жалобами ряда граждан от 2 февраля 1999 г. Суд признал не соответствующим Конституции отказ обвиняемому в преступлении, за совершение которого предусмотрена смертная казнь, в удовлетворении ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей.

10. По делу о проверке конституционности положений ст. 133, ч. 1 ст. 218 и ст. 220 УПК РСФСР от 23 марта 1999 г. признана правомерность судебного обжалования действий и решений органа дознания, следователя или прокурора, связанных с производством обыска, наложением ареста на имущество, приостановлением производства по уголовному делу и продлением срока предварительного расследования.

[1] См.: Собрание законодательства Российской Федерации, № 28, 13.07.S

[2] См.: Собрание законодательства РФ. 1999. № 14.

11. По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 3 ч.1 ст. 232, ч. 4 ст. 248 и ч.1 ст. 258 УПК РСФСР в связи с запросами ряда судов от 20 апреля 1999 г. признано не соответствующим конституционным нормам (ст. 49 и ч. 3 ст. 123, ч.1 ст. 46 и 52) то, что суды по собственной инициативе могут возвращать уголовное дело прокурору в случае невосполнимой в судебном заседании неполноты расследования или при наличии оснований для поворота обвинения к худшему, а также возложение на них не свойственной судам функции по обоснованию обвинения при отказе от него прокурора.

Разделим эти решения на три группы. Первая демонстрирует приверженность устоявшимся, апробированным и получившим всеобщее международное признание состязательным институтам и принципам — презумпции невиновности, неприкосновенности личности, процедуре судебной проверки ареста, суду присяжных, принципам свободного доступа к правосудию и естественного суда. Эти положения в той или иной мере уже содержались в Уголовно-процессуальном кодексе, и Конституционный Суд их лишь уточнял и корректировал.

Вторая группа — это решения, которыми ограничивались или исключались отдельные нормы, противоречившие началу строгого отделения функции юстиции от уголовного преследования (о возбуждении судом уголовного дела и направлении на дополнительное расследование). Благодаря этим решениям стадия судебного разбирательства стала значительно больше отвечать состязательному идеалу.

Третья совокупность — это постановления, которыми уголовно-процессуальные вопросы решаются на базе конституционной нормы, разрешающей обжалование в суд всех решений органов власти, местного самоуправления и должностных лиц (ч. 1,2 ст. 46 Конституции РФ).

Напомним, что речь идет об обжаловании в суд первой инстанции прекращения уголовного дела органами предварительного расследования, приостановления производства по уголовному делу и продления срока предварительного расследования, обыска, наложения ареста на имущество, а также о пересмотре в кассационном порядке решений суда первой инстанции о назначении судебного заседания или направлении уголовного дела для производства дополнительного расследования, сопряженных с применением или продлением мер пресечения или иных принудительных мер; о применении или изменении меры пресечения, о помещении лица в медицинское учреждение для проведения стационарной судебно-психиатрической экспертизы, а также об отложении разбирательства, приостановлении уголовного дела или о роспуске коллегии присяжных.

Ранее нами были определены критерии для применения в уголовном процессе арбитрального метода, допускающего судебную проверку всех названных видов решений, поскольку они сопряжены либо с односторонним ограничением доступа к правосудию, либо с применением процессуального принуждения. И то, и другое требует в состязательном процессе вмешательства нейтрального арбитра. В этом смысле данные постановления Конституционного Суда увеличивают

«удельный вес» состязательного начала в российском уголовном процессе. Однако в связи с ними возникают и серьезные вопросы.

Прежде всего представляется неточной ссылка на ст. 46 Конституции РФ- Буквально применять ее в уголовном судопроизводстве нельзя, ибо по своему духу она рассчитана скорее на гражданский, чем на уголовный процесс. Не случайно Конституционный Суд в одном из своих постановлений оговаривается, что для принятия и рассмотрения судом жалоб заинтересованных лиц в ходе предварительного расследования необходимо, чтобы соответствующие действия и решения органов предварительного расследования порождали последствия, которые *выходят за рамки уголовно-процессуальных отношений,* или существенно ограничивали при этом конституционные права и свободы личности и могли причинить *ущерб, восполнение* которого в дальнейшем окажется неосуществимым.[1] Если быть последовательным при буквальном толковании ст. 46 Конституции, то надо говорить о возможности обжалования и таких решений *органов власти,* как, например, о принятии следователем дела к производству, приобщении вещественных доказательств, вызове свидетелей повесткой и т.д., что явно нецелесообразно. Известно, что *из двух одинаково возможных смыслов нормы следует избирать тот, который более всего целесообразен и не ведет к нелепым последствиям (argumentum ad absurdum)}* Значит, норму, содержащуюся в ст. 46 Конституции, следует толковать ограничительно. Скажем прямо — не она должна являться юридическим основанием для обжалования в суд упомянутых процессуальных решений, а доктринальное толкование уголовно-процессуального закона, исходящее из возможностей арбитрального метода правового регулирования, о чем ранее нами говорилось более подробно (гл. 1 разд. II).

Другой вопрос, требующий ответа в связи с названными постановлениями: какие суды должны рассматривать жалобы на действия и решения органов предварительного расследования? Молчаливо предполагается, что это суды первой инстанции, которые также занимаются рассмотрением уголовных дел по существу, in judicio — просто потому, что других подходящих для этого судебных органов нет. Но участие такого суда в предварительном расследовании есть след-

[1] См.: Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Н. В.Витрука по делу о проверке конституционности положений статьи 133, части первой статьи 218 и статьи 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан В. К. Борисова, Б. А. Кехмана, В. И. Монастырецкого, Д. И. Фуфлыгина и общества с ограниченной ответственностью «Моноком» от 23 марта 1999 года.

[2] См.: *Васьковский Е. В.* Руководство к толкованию и применению законов (практическое пособие). М., 1997. С. 86—87.

ственно-розыскной, а не состязательный признак, что уже неоднократно отмечалось нами ранее.

Правда, на это можно возразить, что «участие же одного и того же судьи в проверке законности возбуждения дела и последующем его разрешении, безусловно, исключается: предыдущее участие в судопроизводстве должно расцениваться и расценивается, согласно действующему УПК (статья 60), как обстоятельство, устраняющее судью от рассмотрения дела».' Конечно, замена судьи, действовавшего in jure на следствии, другим судьей того же судебного органа несколько ослабит влияние на суд in judicio, но только наполовину, ибо помимо личного имеется еще ведомственный служебный интерес, пресловутая «честь мундира». Как уже упоминалось, воздействие корпоративных и служебных рычагов на судью, выносящего приговор, может быть даже более действенным, чем влияние его собственных «следственных» решений, будь они приняты по данному делу.

Попробуем определить типологическую направленность этих новаций в российском уголовном процессе. Появление суда на стадии предварительного расследования, как видно, призвано, по мысли законодателя и членов Конституционного суда,[2] сделать и эту стадию российского процесса состязательной. В этом плане наше предварительное расследование начинает до некоторой степени напоминать современный германский морфологический тип. Как и там, общий судебный орган в лице одного из своих судей разрешает определенные вопросы, возникающие на стадии предварительной подготовки, как правило, *не принимая* дело к своему производству,[3] то есть не становясь *следователем.* Хозяином процесса как в Германии, так и в России на предварительном расследовании остается прокурор Herr des Ermittlungsverfahren *(нем.)* —господин дознания. Однако имеются и существенные различия. Германский участковый судья есть прежде всего *судья-дознаватель,* главной его задачей являются «судебные следственные действия» (richterliche Untersuchungshandlungen), и он не занимается рассмотрением жа-

[1] Особое мнение судьи Конституционного Суда Российской Федерации Т.Г. Морщаковой по делу о проверке конституционности положений статьи 133, части первой статьи 218 и статьи 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР от 23 марта 1999 года.

[2] «Закрепленный в статье 123 Конституции Российской Федерации принцип осуществления уголовного судопроизводства на началах состязательности и равноправия сторон... по смыслу данной конституционной нормы в ее взаимосвязи со статьями 18, 46, 52 и 118 Конституции Российской Федерации, распространяется на все стадии уголовного судопроизводства. Субъекты уголовно-процессуальной деятельности, осуществляющие, в том числе на досудебных стадиях, уголовное преследование, с одной стороны, и защиту от него, с другой, в состязательном процессе в конфликтной ситуации должны обращаться за разрешением спора к независимому суду», — пишет в своем Особом мнении член Конституционного Суда Т. Г. Морщакова.

[3] По УПК ФРГ, лишь в исключительных случаях непосредственно судье может быть поручено производство расследования: при производстве о принудительном возбуждении обвинения по жалобе потерпевшего (§ 173) и при исследовании доказательств в порядке возобновления производства по вновь открывшимся обстоятельствам (§ 369).

лоб.[1] Российский суд теперь, напротив, рассматривает жалобы и в этом отношении проявляет сходство с французской формой, где уделяется повышенное внимание обжалованию действий судебной полиции и решений следственного судьи в обвинительную камеру апелляционного суда. Впрочем, и здесь обнаруживается то же самое принципиальное различие, что и при сопоставлении российского порядка с германским типом. Судья, действующий на французском предварительном следствии, есть в первую очередь следователь, поэтому судебное присутствие здесь имеет активный характер. В чем смысл нашего противопоставления? В том, что российский судья только разрешает жалобы, в то время как французский и немецкий их предотвращают! Они способны на это именно потому, что непосредственно и активно участвуют в доказывании, внося в него элемент состязательности и тем самым предотвращая многие из возможных конфликтов. Следственные судьи служат буфером между «механикой» уголовного преследования и «органикой» судебного разбирательства, что смягчает резкость перехода от обвинительного типа постановки и решения проблем к судебному. Тем самым, хотя и в разной степени, удается смягчить то, что И. Я. Фойницкий называл «основной ошибкой» смешанного процесса, когда «две последовательные части одного и того же производства строились по началам диаметрально противоположным».[2] В российском уголовном процессе судебному присутствию на предварительном расследовании недостает *активности* и *полноты* публично-состязательной функции юстиции. Активность должна состоять в выполнении, в основном по ходатайству сторон, судейских следственных действий, протоколам которых должна придаваться юридическая сила судебных доказательств, то есть большая, чем материалам прокуратуры и органов дознания. Полнота функции юстиции, помимо легализации доказательств, должна заключаться на стадии предварительной подготовки в *контроле* за применением мер принуждения, ограничивающих *конституционные права граждан.* Он может проводиться в следующих формах:

1) проведение *судейских следственных* действий, выполняемых в этих случаях как по заявлениям сторон, так и по инициативе суда;

2) выдача *предварительных разрешений* (ордеров, приказов и т. п.) на применение мер процессуального принуждения;

[1] Правда, по ходатайству находящегося под стражей обвиняемого немецкий судья может назначить судебную проверку ареста. Однако приказ об аресте выдает, как правило, тот же судья (§114 УПК ФРГ), поэтому закон различает такое ходатайство и жалобу, которая приносится на решение судьи-дознавателя в вышестоящую инстанцию — уголовную палату земельного суда. Подача жалобы наряду с ходатайством не допускается (§ 117).

[2] *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. Т. II. С. 368.

3) последующее рассмотрение вопроса о законности принудительных мер, принятых уголовным преследователем в неотложной ситуации, путем проведения отдельных *судебных заседаний* либо (более оперативная и упрщенная форма) в виде обязательного *заслушивания* судьей задержанных.

Наконец, функция юстиции может включать контроль за предъявлением обвинения либо при *первой явке,* либо в форме специального *судебного заседания*.

Предание суду также может проводиться путем рассмотрения в *судебном заседании* in jure достаточности доказательств для передачи дела в судебное разбирательство. Теоретически возможно предложить и другой, уже упоминавшийся нами выше австрийский вариант предания суду, при котором решение этого вопроса, по общему правилу, отнесено к компетенции прокурора, при условии, что обвиняемый не заявит жалобы. Тогда вопрос о предании суду рассматривается в форме апелляционного пересмотра. Представляется, однако, что в российских условиях подобный путь был бы чреват снижением качества расследования дел, передаваемых прокуратурой в суды. Так, согласно данным статистики, прокуроры ежегодно возвращали на доследование в 10 раз меньше дел, чем суды[1].

Для успешной реализации всех названных мер необходимо, на наш взгляд, выполнить два важных условия. Одно из них имеет организационный характер — это отделение службы следственных судей от общей системы судов, рассматривающих дела in judicio. Судебный контроль нельзя поручать какому-либо другому судебному органу, кроме следственного судьи, чтобы оградить судебное разбирательство от формирования преждевременного мнения по делу.[2] Как показывает английский опыт, наиболее подходящий для этого способ — наделить указанными полномочиями мировых судей.

Для этого, конечно, пришлось бы внести изменения в Закон РФ «О мировых судьях в Российской Федерации» от 17 декабря 1998 г., который устанавливает, что мировые судьи входят в единую судебную систему Российской Федерации (ст.1), и, кроме того, ограничивается такими профессиональными требованиями к кандидатурам на должность мировых судей, которые явно недостаточны для выполнения предлагаемой роли. Так, чтобы стать мировым судьей, достаточно иметь 5-летний стаж работы *по любой* юридической профессии, в то время как для исполнения обязанностей следственного судьи желателен серьезный следственный или адвокатский опыт. Для сравнения, в Англии оплачиваемые магистраты, выполняющие наряду с бесплатными мировыми судьями функции допрашивающих судей на предварительном следствии,

[1] См.: *Лукьянов А.* Перестройка, демократия и законность нераздельны // Социалистическая законность. 1987. № 9. С. 6.

[2] Такое предложение было высказано в литературе: См.: *Петрухин И.Л., Куцова Э. Ф.* О концепции уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, с. 84.

должны, во-первых, принадлежать к элитной адвокатской категории барристеров и, во-вторых, иметь не менее чем 7-летний стаж выступлений во всех судах.

С другой стороны, для России вряд ли подходит сегодня институт бесплатных мировых судей, которых в Англии около 25 тысяч человек, тогда как стипендиарных магистратов только несколько десятков.[1] Представляется, что непростая кадровая проблема, связанная с формированием корпуса мировых судей и их финансированием, была бы решена значительно легче именно благодаря передаче им следственных функций, так как мировыми судьями без ущерба для казны могли бы тогда стать многие бывшие следователи прокуратуры, имеющие к тому же необходимый профессиональный опыт.

Второе условие для активного и состязательного судебного присутствия на предварительном расследовании, которое одновременно есть и условие постепенного перехода к постсостязательной модели процесса в целом, выполнить значительно труднее. Оно заключается в том, чтобы обеспечить подлинную независимость всего судебного корпуса, не только организационно, но и *цивилизационно,* с точки зрения изменения всей системы экономических, социальных, политических, правовых и культурных ценностей и отношений. Впрочем, одной независимости здесь мало, нужна компетентность и высокая культура не только судей, но всех государственных органов и иных субъектов судопроизводства. Правда, это по-видимому окончательно станет возможным лишь с вхождением России в устойчивую фазу постиндустриального общества и правового государства, для чего требуется время. Данное условие не означает, конечно, что российская юстиция должна застыть в формах полувековой давности, пассивно ожидая наступления эры «всеобщего благоденствия». Любое мгновение нашей жизни, как писал Оскар Уайльд, — это все настоящее, все прошлое и все будущее. Многое может быть достигнуто уже сегодня — обеспечение полного разделения ветвей государственной власти, строгое разграничение процессуальных функций, внедрение механизмов эффективной правовой защиты и т. д. Сама юстиция может быть одним из инструментов реформ. Однако для этого ей необходима прогностическая теория судопроизводства, для создания которой, как надеется автор, окажутся небесполезными мысли, изложенные в данной работе.

[1] См.: *Denham P.* A Modern introduction to law. London. 1983. P. 37—39.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Говорят, что смысл всякой деятельности лежит за ее пределами, поэтому в любой работе так важно Заключение. Было бы навязчиво в самом конце пытаться еще раз втолковывать читателю то, что он уже уяснил себе, прочитав предыдущие разделы книги. Однако нелишне все же пояснить ему, зачем автор с помощью более двухсот страниц убористого текста отнял у него пару драгоценных часов, а у себя — несколько лет жизни. Короче говоря, Заключение — это окно, через которое в книгу заглядывает великан, чье имя — Сверхзадача — то, ради чего была затеяна вся работа. Смысл данной книги можно выразить всего несколькими словами, повторив великолепную фразу: «История свободы — это история процессуальных гарантий».[1] Может быть, Монтескье несколько и увлекся, когда заявил, что правила уголовного судопроизводства интересуют род людской больше всего на свете, но нельзя отрицать очевидного: после войн и революций именно уголовный процесс занимает «почетное третье место» среди самых острых орудий политической борьбы, и даже величайшая в мире история, рассказанная в Новом Завете, — это с внешней, земной стороны репортаж о судебном деле. Тем существенней эволюция, которой на протяжении многих веков подвергалась процедура уголовного разбирательства, постепенно превратившаяся из судебного варварства в публичный дискурс и меру индивидуальной справедливости.

По всей вероятности, юстиции уготована в будущем *информационном обществе* (Й. Масуда) выдающаяся роль. Грядущая цивилизация в политическом отношении будет означать становление новой, информационно-консенсусной демократии, которая покончит с противоречием между мажоритарной системой навязывания меньшинству воли большинства и гуманистическим принципом индивиду-

Wiliams G. One Man's Freedom. N.Y. 1962. P. 145.

альной справедливости.[1] Это, по словам Э. Тоффлера, будет «мозаичная демократия», ориентированная на отдельного индивида.[2] Однако конкретная технология реализации принципа меньшинства не получила у Э. Тоффлера, как до него у Ю. Фрёбеля,[3] достаточного объяснения. Ведь принятый демократическим большинством закон, общий для всех шаблон, может оказаться для индивидуума Прокрустовым ложем. К счастью, средство против этого хотя еще и не полностью востребовано, но давно приготовлено — это Правосудие, юстиция. Крайности, как известно, сходятся, и то, что было когда-то первым ростком государственности, возможно, явит нам ее поздние и мудрые плоды, ведь «сова Минервы,— как утверждал Гегель,— только в сумерки начинает свой полет».

Применение к Правосудию принципов информационного общества — разнообразия, меньшинства и индивидуальной справедливости заставляет иначе взглянуть на возможные в будущем роль и задачи суда в истинно правовом государстве. Не исключено, что в случае, если законодательный шаблон вступает в противоречие с принципом индивидуальной справедливости в отношении личности, суд будет принимать решение, основанное не на законе, а непосредственно на индивидуальной справедливости *(принцип справедливости).* Закон — не клетка для судей, а дверь, которую надо открыть. Однако подобные судебные решения не должны иметь характер прецедента, то есть быть обязательны по другим делам, ибо обстоятельства для всех дел различны *(принцип разнообразия).* Исключением из этого правила могут быть лишь решения высшего судебного органа, достойные того, чтобы стать ratio decidendi *(лат.)* — мотивами для решений, ибо в отличие от нижестоящих судов он теоретически владеет максимальным объемом судебной практики. Как было показано нами на примере российской «конституционной революции», подобное развитие событий не химера, а во многом уже реальность. *Принцип меньшинства* в деятельности юстиции может выражаться в том, что основанное на законе судебное решение при обжаловании его индивидом, интересы которого оно затрагивает (истец, ответчик, обвиняемый, потерпевший), будет считаться юридически ничтожным. В случае отклонения жалобы вышестоящим судом юридическая сила решения восстанавливается. Нечто подобное мы видим уже сейчас в германском институте судебного приказа. Более глобальным результатом может явиться воссоздание в новых исторических условиях права справедливости, прообраз которого давно известен в Англии под тем же именем — Law of equity, — наверное потому, что в этой стране всегда относились с определенным подозрением к закону как

[1] См.: *Урсул А. Д.* Путь в ноосферу: Концепция выживания и устойчивого развития цивилизации. М., 1993. С. 120.

[2] См.: *ТofflerA.* The third wave. N.Y., 1980. P. 435.

[3] *Frobel J.* System der socialen Politik. Aachen, 1975. S. 108.

источнику права. Впрочем, право справедливости никогда не было предметом лишь английских симпатий. Континент также проявлял к нему интерес, хотя здесь оно всегда имело чисто концептуальный характер, будучи почти синонимом естественного права. «Гораздо лучше, — пишет известный французский компаративист Р. Давид____откровенно признать, что предписания закона, подобно статьям договора, привязаны к определенным условиям, и если сложилась совершенно новая ситуация, непредвидимая в момент издания закона, судья может, исходя из требований справедливости, отказаться от его применения».[1]

Однако старый исковой (частный и публичный) порядок судопроизводства в силу своего конфликтного характера непригоден для права справедливости. Акционарный индивидуализм не равен индивидуальности. Естественной формой для права справедливости может быть только постсостязательный нонкомбатантный процесс, который сам будучи производен от «свободной субъективности», превыше всего ценит истину, естественные права человека и индивидуальную справедливость. Постиндустриальному обществу XXI века нужен постсостязательный судебный процесс.

Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 124.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.

Раздел I. ПОНЯТИЕ МОДЕЛЕЙ, ТИПОВ И ВИДОВ ПРОЦЕССА

Проблема идеальной и морфологической типологизации судопроизводства **13**

Раздел II. СОСТЯЗАТЕЛЬНЫЙ ПРОЦЕСС

***Глава 1.* Понятие состязательности. Ее юридические основания** **18**

***Глава 2.* Виды состязательного процесса и их социально-политические основания** 26

§ 1. Виды состязательного процесса и степень общественной свободы 26

§ 2. Обвинительный (аккузационный) вид процесса 27

§ 3. Исковые (акционарные) виды состязательного процесса 32

1. Понятие исковых видов уголовного процесса 32

2. Частно-исковой уголовный процесс 35

3. Публично-исковой уголовный процесс 42

§ 4. Публично-состязательный (постсостязательный) вид уголовного процесса 48

§ 5. Система принципов состязательного процесса 58

1. Понятие принципов и их система 58

2. Общеправовые принципы 60

2.1. Законность в состязательном уголовном процессе 61

2.2. Равенство граждан перед законом и судом 65

2.3. Принцип разделения властей и уголовный процесс 66

2.4. Суверенитет в уголовном процессе 68

2.5. Принципы неприкосновенности личности, жилища и частной жизни 70

3. Межотраслевые принципы 77

3.1. Принцип равенства сторон 77

3.2. Оценка доказательств судом по внутреннему убеждению 80

3.3. Принцип устности 83

3.4. Принцип гласности 85

3.5. Недопустимость повторного привлечения к ответственности за одно и то же деяние (поп bis in idem) . . . 86
3.6. Принцип истины . . . 89
4. Отраслевые уголовно-процессуальные принципы . . . 106
5. Институционные принципы уголовного процесса . . . 108

Раздел III. РОЗЫСКНОЙ ТИП УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Глава 1. **Понятие розыскного процесса и его юридические основания** . . . **] 11**

Глава 2. **Виды розыскного процесса и их социально-политические основания** . . . 112

§ 1. Уголовная расправа . . . 112
1. Общинное дознание . . . 112
2. Вотчинный суд . . . 113
3. Уголовно-административная расправа . . . 114
4. Военно-полевой суд . . . 115

§2.Ассиза . . . 117

§ 3. Инквизиционный процесс . . . 118

§ 4. Следственный процесс . . . 120

§ 5. Судебный приказ . . . 122

§ 6. Система принципов розыскного процесса . . . 123

Раздел IV. ОСНОВНЫЕ ИСТОРИЧЕСКИЕ ФОРМЫ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

§ 1. Соотношение исторических и легислативных форм судопроизводства и их значение . . . 132

§2. Английская форма уголовного судопроизводства . . . 136

§ 3. Французская форма уголовного процесса . . . 158

§4. Германская форма уголовного процесса . . . 178

Раздел V. ОЧЕРК ТИПОЛОГИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОГО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

§ 1. Путь из варяг в греки . . . 189

§ 2. От Гаввафы до Голгофы . . . 193

§ 3. Судебно-правовая реформа в России и типология процесса . . . 202

ЗАКЛЮЧЕНИЕ . . . 219

Оригинал-макет представлен
издательством «Альфа»

Смирнов Александр Витальевич

МОДЕЛИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Редактор: *В. П. Иванова*
Технический редактор: *Г. А. Смирнова*

Лицензия № 020297 от 23 июня 1997 г.

Подписано к печати 26.05.2000. Формат 60x88'/16.
Печать офсетная. Усл. печ. л 14. Тираж 1000 экз.
Заказ № 967

Санкт-Петербургская издательская фирма «Наука» РАН
199034, Санкт-Петербург, Менделеевская лин., 1

Отпечатано с готовых диапозитивов
в ордена Трудового Красного Знамени ГП «Техническая книга»
Министерства Российской Федерации по делам печати,
телерадиовещания и средств массовых коммуникаций
198005, Санкт-Петербург, Измайловский пр., 29