
АКТУАЛЬНЫЕ
ПРОБЛЕМЫ

УГОЛОВНОЕ
СУДОПРОИЗВОДСТВО
теория и практика

*Под редакцией
доктора юридических наук, профессора
Н. А. Колоколова*

МОСКВА
ЮРАЙТ
2011

УДК 34
ББК 67.411
У26

У26 **Уголовное судопроизводство: теория и практика** / под ред. Н. А. Колоколова. — М. : Издательство Юрайт, 2011. — 1038 с. — Серия : Актуальные проблемы теории и практики.

ISBN 978-5-9916-1207-4

Предлагаемое издание представляет собой уникальное сочетание профессиональных знаний ведущих российских ученых-юристов в области уголовного судопроизводства и результатов практической работы судей высших судов. Авторы в своих очерках и статьях анализируют наиболее актуальные проблемы уголовного процесса. Книга содержит ответы на многие спорные вопросы в области уголовного судопроизводства.

Для научных работников, правоприменителей (следователей, прокуроров, адвокатов и судей), студентов, аспирантов и преподавателей юридических вузов. Издание может быть использовано при подготовке секретарей судебного заседания, помощников судей судов общей юрисдикции, а равно претендентами на должность судьи, адвоката при подготовке к сдаче квалификационного экзамена.

УДК 34
ББК 67.411

*Информационно-правовая поддержка
предоставлена компанией «Гарант»*



Покупайте наши книги:

Оптом в офисе книготорга «Юрайт»:
140004, Московская обл., г. Люберцы, 1-й Панковский проезд, д. 1,
тел.: (495) 744-00-12, e-mail: sales@urait.ru, www.urait.ru

В розницу в интернет-магазине: www.urait-book.ru,
e-mail: order@urait-book.ru, тел.: (495) 742-72-12

Для закупок у Единого поставщика в соответствии с Федеральным законом от 21.07.2005 № 94-ФЗ обращайтесь по тел. (495) 744-00-12,
e-mail: sales@urait.ru, vuz@urait.ru

ISBN 978-5-9916-1207-4

© Авторы статей, 2011
© ООО «Издательство Юрайт», 2011

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

- Александров А. С., д-р юрид. наук, проф.
Бойков А. Д., д-р юрид. наук, проф., заслуженный деятель науки РФ
Ведерникова О. Н., д-р юрид. наук, проф.
Воскобитова Л. А., д-р юрид. наук, проф.
Гаврилов Б. Я., д-р юрид. наук, проф.
Гриненко А. В., д-р юрид. наук, проф.
Давыдов В. А., канд. юрид. наук, заслуженный юрист РФ
Дорошков В. В., д-р юрид. наук, проф., заслуженный юрист РФ
Зайцева Е. А., д-р юрид. наук, проф.
Ковтун Н. Н., д-р юрид. наук, проф.
Колоколов Н. А., д-р юрид. наук, проф.
Лазарева В. А., д-р юрид. наук, проф.
Мартынич Е. Г., д-р юрид. наук, проф.
Муратова Н. Г., д-р юрид. наук, проф.
Павлушина А. А., д-р юрид. наук, проф.
Петрухин И. Л., д-р юрид. наук, проф.
Поляков М. П., д-р юрид. наук, проф.
Полякова Т. В., канд. юрид. наук, доцент
Пономаренко В. А., канд. юрид. наук, доцент
Рябинина Т. К., канд. юрид. наук, профессор
Стойко Н. Г., д-р юрид. наук, проф.
Тарасов А. А., д-р юрид. наук, проф.
Татьянина Л. Г., д-р юрид. наук, проф.
Толкаченко А. А., д-р юрид. наук, проф., заслуженный юрист РФ
Францифоров Ю. В., д-р юрид. наук, проф.
Червоткин А. С.
Шаталов А. С., д-р юрид. наук, проф.
Шейфер С. А., д-р юрид. наук, проф., заслуженный юрист РФ
Ярцев Р. В., канд. юрид. наук, доцент

СОДЕРЖАНИЕ

Авторский коллектив.....	3
Принятые сокращения.....	10
Предисловие	12

Часть 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

1. Процессуальное право: природа, сущность, тенденции развития	19
А. А. Павлушина Юридический процесс: общее и особенное	19
А. А. Павлушина, И. В. Гавриленко Электронный документ в юридическом процессе	65
А. А. Павлушина Общие правовые институты процессуального права в информационном обществе: тенденции и перспективы развития	68
Н. А. Колоколов Сущность судебно-властных правоотношений в уголовном процессе	93
2. Уголовно-процессуальное право России	110
Н. Г. Стойко Уголовный процесс России: история и перспективы развития.....	110
М. П. Поляков, Т. В. Полякова О предназначении и сущности обрядности (внешней формы) уголовного процесса	128
А. А. Александров Duxless русского уголовно-процессуального права	144
3. Источники уголовно-процессуального права	164
Н. Н. Ковтун Иерархия источников российского уголовно-процессуального права.....	164
Н. А. Колоколов Роль приказов Генерального прокурора РФ и указаний руководителей следственных органов в организации уголовного процесса.....	186

4. Принципы российского уголовно-процессуального права	203
А. В. Гриненко Принципы уголовного судопроизводства и их система	203
В. А. Лазарева Проблемы реализации состязательности в уголовном процессе Российской Федерации	215
А. Д. Бойков К вопросу о гласности правосудия	259
А. А. Тарасов Антикоррупционные стандарты в уголовном судопроизводстве: от законодательной идеи к процедурному воплощению	265
Р. В. Ярцев Право на защиту по назначению	279
5. Уголовно-процессуальное доказывание	298
А. С. Александров Значение свойства относимости фактов для уголовно-процессуального доказывания	298
А. С. Александров Перекрестный допрос как следственное действие в уголовном суде	309
Е. А. Зайцева Судебная экспертиза: в поисках новых парадигм	321
Е. Г. Мартынич Адвокатское расследование в уголовном процессе	350
Н. А. Колоколов Преюдиция: проблемы законодательного регулирования правоприменительной практики	363
6. Обвинительная власть: баланс полномочий между органами предварительного следствия и прокурором	383
С. А. Шейфер Прокурорская и следственная власть: сущность и проблемы взаимоотношения	383
Б. Я. Гаврилов Перераспределение процессуальных и надзорных полномочий между прокурором и руководителем следственного органа	402
Н. Н. Ковтун Об «утраченных» полномочиях прокурора: есть ли предмет для дискуссий	418
Л. Г. Татьяна Уголовно-процессуальные правоотношения прокурора и руководителя следственного органа: проблемы и пути их решения	431

Н. Н. Ковтун Следователь или следственный судья	435
7. Предварительное расследование.....	446
Н. А. Колоколов Предварительное расследование в России: полтора века в поисках концепции	446
Ю. В. Францифоров Актуальные проблемы производства предварительного расследования в форме дознания.....	457
Л. А. Воскобитова Возбуждение и прекращение уголовного дела: анализ следственной практики	462
Б. Я. Гаврилов Предъявление обвинения: вопросы теории и практики	470
А. В. Гриненко Привлечение в качестве обвиняемого, предъявление обвинения и допрос обвиняемого: проблемы теории и практики	480
А. В. Гриненко Окончание предварительного расследования	491
8. Реабилитация.....	503
Н. А. Колоколов Реабилитационный процесс: поиск оптимального алгоритма	503
9. Оплата труда адвоката.....	542
Н. А. Колоколов Оплата труда адвоката за оказание юридической помощи по назначению: проблемы, обозначенные практикой	542
Часть 2. СУДЕБНЫЙ КОНТРОЛЬ В СТАДИИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ	
10. Оперативный судебный контроль и его сущность	587
Н. А. Колоколов Генезис и эволюция оперативного судебного контроля в России.....	587
Н. А. Колоколов Сущность судебного контроля	594
Н. Н. Ковтун Оперативный судебный контроль в уголовном судопроизводстве России: реальная гарантия или процессуальная фикция.....	610
Н. Н. Ковтун Оперативный судебный контроль в уголовном судопроизводстве России: эффективность в призме статистики.....	640

А. С. Червоткин Некоторые особенности применения ареста как меры пресечения на разных стадиях уголовного судопроизводства	651
Н. А. Колоколов К вопросу об эффективности превентивного судебного контроля	675
Н. А. Колоколов Рассмотрение жалоб — разновидность состязательного многостадийного судопроизводства	689
Н. А. Колоколов Злоупотребление правом на обжалование	708
Часть 3. СУДЕБНОЕ ПРОИЗВОДСТВО ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ	
11. Общие положения судебной практики	731
Н. Г. Муратова Единство судебной практики: исторические предпосылки и современные тенденции.....	731
12. Подготовка уголовного дела к судебному заседанию	745
Н. Н. Ковтун Генезис института «предания суду» в российском уголовном процессе.....	745
Т. К. Рябинина Проблемы совершенствования стадии назначения судебного заседания.....	767
Н. Н. Ковтун Подготовка дела к судебному заседанию: комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.2009 № 28	817
13. Особый порядок судебного разбирательства	826
В. В. Дорошков Проблемы применения особого порядка судебного разбирательства	826
А. А. Толкаченко Междисциплинарность особого порядка судебного разбирательства уголовных дел.....	837
А. А. Толкаченко Назначение наказания при особом порядке судебного разбирательства уголовных дел	846
А. А. Павлушина, В. А. Пономаренко Примирительные процедуры в уголовном процессе: история и современность.....	855

14. Судебное разбирательство при наличии соглашения о досудебном сотрудничестве	873
А. С. Шаталов Принятие судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве: правовая регламентация, проблемы, тенденции, перспективы	873
15. Справедливость приговора.....	885
Н. А. Колоколов Справедливость приговора — базовая социальная ценность	885
16. Частные вопросы уголовного судопроизводства	912
А. А. Толкаченко К вопросу о наложении денежного взыскания за нарушение порядка в судебном заседании	912
17. Исправление судебных ошибок	919
Н. А. Колоколов Судебная ошибка: понятие, пути исправления	919
18. Пересмотр судебных решений, вступивших в законную силу	927
В. А. Давыдов Основания проверки судебных актов в порядке надзора и их соотношении с основаниями возобновления уголовного судопроизводства	927
В. А. Давыдов О повороте к худшему при рассмотрении уголовного дела после отмены приговора, определения, постановления ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств	937
В. А. Давыдов О некоторых проблемах регулирования порядка расследования обстоятельств, влекущих возобновление уголовного судопроизводства.....	942
В. А. Давыдов Решения прокурора по итогам рассмотрения сообщения о новом или вновь открывшемся обстоятельстве и порядок их обжалования	952
В. А. Давыдов Возобновление Председателем Верховного Суда РФ производства по уголовному делу ввиду новых обстоятельств	962
Р. В. Ярцев Надзорное производство в контексте принципа правовой определенности.....	977

19. Судебные решения, принимаемые в стадии исполнения приговора 1002**А. А. Толкаченко**Вопросы условно-досрочного освобождения от наказания
в судебной практике..... 1002**Часть 4. МЕЖДУНАРОДНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО
В СФЕРЕ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА****20. Проблемы международного сотрудничества 1019****И. Л. Петрухин**

О реформе Европейского Суда по правам человека..... 1019

О. Н. ВедерниковаПроблемы ратификации Римского Статута Международного
уголовного суда 1026

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

Конституция — Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ)

АПК — Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ

БК — Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ

ГК — Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая от 30.11.1994 № 51-ФЗ; часть вторая от 26.01.1996 № 14-ФЗ; часть третья от 26.11.2001 № 146-ФЗ; часть четвертая от 18.12.2006 № 230-ФЗ

ГК РСФСР — Гражданский кодекс РСФСР (утвержден Верховным Советом РСФСР 11.06.1964 (утратил силу с 1 января 2008 г.)

ГПК — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ

КоАП — Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ

НК — Налоговый кодекс Российской Федерации: часть первая от 31.07.1998 № 146-ФЗ; часть вторая от 05.08.2000 № 117-ФЗ

ТК — Таможенный кодекс Российской Федерации от 28.05.2003 № 61-ФЗ

УИК — Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации от 08.01.1997 № 1-ФЗ

УК — Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ

УПК — Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ

УПК РСФСР — Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР

Закон № 39-ФЗ — Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг»

Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» — Федеральный закон от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации»

Закон № 87-ФЗ — Федеральный закон от 05.06.2007 № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон “О прокуратуре Российской Федерации”»

МВД России — Министерство внутренних дел Российской Федерации

Минобороны России — Министерство обороны Российской Федерации

Минобрнауки России — Министерство образования и науки Российской Федерации

МЧС России — Министерство Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий

ОВД — орган внутренних дел

ООН — Организация Объединенных Наций

ООО — общество с ограниченной ответственностью

РГ — «Российская газета»

РСФСР — Российская Советская Федеративная Социалистическая Республика

РФ — Российская Федерация

СВР России — Служба внешней разведки Российской Федерации

СЗ РФ — Собрание законодательства Российской Федерации

СНГ — Содружество Независимых Государств

СССР — Союз Советских Социалистических Республик

США — Соединенные Штаты Америки

УВД — управление внутренних дел

ФМС России — Федеральная миграционная служба

ФНС России — Федеральная налоговая служба

ФСБ России — Федеральная служба безопасности Российской Федерации

ФСИН России — Федеральной службы исполнения наказаний

ФСКН России — Федеральной службы Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков

ФССП России — Федеральная служба судебных приставов

ФТС России — Федеральная таможенная служба

ПРЕДИСЛОВИЕ

Развитие науки немислимо, если лица, ее творящие, не в состоянии выявить, поставить и правильно разрешить проблемы, свойственные объекту познания.

В советский период не только многие государственные и правовые институты, но и государство и право рассматривались как явления временные, свойственные лишь определенному историческому периоду. В частности, существование уголовного судопроизводства объяснялось наличием преступности — досадного «родимого пятна», уродующего светлый образ социалистической действительности, исчезновение этого пятна напрямую связывали с разрешением триединой задачи коммунистического строительства.

В силу этого обстоятельства исследование уголовного судопроизводства в качестве самостоятельного способа разрешения социальных конфликтов, носящих закритический характер, в число приоритетных научных изысканий никогда не входило. Более того, отвержение по идеологическим соображениям концепции разделения властей полностью лишило ученых возможности правильно определить природу уголовного судопроизводства, его значимость в общественном развитии.

Нельзя не признать также и тот факт, что долгие годы само восприятие системы права было накрепко привязано к действующему законодательству и всецело определялось им. К сожалению, данная тенденция весьма сильна и сейчас.

Поэтому неудивительно, что в эпоху перемен, закономерно грянувших на рубеже второго и третьего тысячелетий, российская правовая наука вошла без необходимой суммы теоретических знаний о преступности вообще и о способах борьбы с ней в частности. Результат длительной информационной самоизоляции нашего общества проявился и в рамках реформы уголовного судопроизводства. Сложности ее осуществления связаны, в том числе, и с тем, что к началу преобразований у общества отсутствовала научно обоснованная концепция развития уголовного процесса.

К сожалению, приходится констатировать, что в настоящее время многие специалисты в области уголовно-процессуального права

в силу различных причин увлечены в основном мелкотемьем и догматикой.

В чем причина консервации негативных тенденций в российском уголовном судопроизводстве? Почему стало возможно их доминирование? Причин множество. В рамках системного анализа все они легко узнаваемы. Вот наиболее значимые из них.

Проблема взаимоотношения общества (в лице государства) с преступником. Истории известны два варианта этих отношений. Первый: преступник — враг! Любое взаимодействие с ним (в том числе, и выгодное для потерпевшего) не допустимо. У преступника есть только одно право — каяться. А уж казнить его или миловать — право общества, государства, суда. Второй вариант: преступник — сторона в правоотношении, с которой желательны любые взаимовыгодные связи.

Лучшие мировые стандарты уголовного судопроизводства свойственны демократическим обществам. Они давно согласились на сотрудничество с преступником, пошли по пути формирования неформального состязательного уголовного процесса, в результате чего смогли минимизировать конфронтацию в уголовном судопроизводстве между сторонами и, как следствие этого, резко удешевить его. В данном случае объем ограничения прав и свобод личности, привлекаемой к уголовной ответственности, в значительной степени предопределен, прежде всего, поведением стороны защиты.

Там, где «чистосердечное признание — прямая дорога в тюрьму», стороне обвинения, как и раньше, приходится тратить народные деньги на доказывание очевидного. Наше общество (в том числе и ученый мир, и законодатель), провозгласив состязательность в качестве основополагающего принципа уголовного процесса, лукаво не сочло нужным наполнить его необходимым содержанием, а именно: по-настоящему заинтересовать сторону защиты в сотрудничестве со стороной обвинения.

Очевидно, что обозначенная проблема далеко выходит за рамки собственно уголовного процесса, ибо носит междисциплинарный характер, тем не менее, без ее разрешения дальнейшее движение российского уголовного процесса немыслимо. Очевидно и то, что разработка этой проблемы невозможна без переоценки некогда незыблемых постулатов. В их числе следующие. Во-первых, цели и задачи уголовного процесса; его реальная роль в борьбе с преступностью; экономическая обусловленность уголовного судопроизводства как вида государственной деятельности; критерии эффективности уголовного процесса в целом, отдельных его элементов в частности; унификация — благо или унификация — вред.

Во-вторых, важнейшее значение имеет установление оптимального баланса между частным и публичным в инициации процесса; отказ от обязательности установления истины по каждому делу; формальное и неформальное в отношениях между сторонами; примирение — предпочтительная форма разрешения конфликта.

В-третьих, речь, конечно же, идет об оптимизации регламента судопроизводства. Работая в данном направлении, в первую очередь, следует помнить о субъектах процесса, их правовой культуре, реальных возможностях.

Поскольку время в разных странах «бежит» с разной скоростью, очевидно также и то, что не обязательно придумывать что-то самим, важно вовремя выявить и подхватить, внедрить в жизнь то, что успешно применяется за рубежом. При этом не следует забывать, что старые школы часто являются помехой модернизации, поскольку озабочены лишь защитой своего имиджа. Чем шире научное общество, тем больше в нем циркулирует светлых идей.

Именно это обстоятельство послужило причиной издания данного научного сборника, который, на наш взгляд, призван стать постоянным периодическим изданием очерков и статей по наиболее актуальным проблемам теории и практики уголовного процесса, собирая в себя все самое передовое и прогрессивное в области науки и практики уголовного процесса. И не случайно, что именно Издательство «Юрайт» выступило инициатором создания настоящей книги. К ее подготовке были привлечены ведущие специалисты в области теории и практики уголовного судопроизводства. Практически все авторы являются докторами юридических наук и профессорами, некоторые из них судьи высших судов.

С момента замысла книги до ее издания прошло около трех лет. Естественно, что все это время ни наука, ни законодатель, ни практика не стояли на одном месте. Однако анализ осуществленных за этот период преобразований свидетельствует, что качественных изменений в организации уголовного судопроизводства в Российской Федерации не произошло. Тотальное господство инквизиции (пусть и несколько ограниченной различными формами контроля) на досудебных этапах движения уголовного дела и predeterminedность выводов суда результатами предварительного расследования — вот визитная карточка современного отечественного уголовного судопроизводства.

Вместе с тем в динамике российского уголовного процесса нельзя не отметить и появление отдельных оптимистических ноток. Одной из них является предстоящее в 2014 г. долгожданное полномасштабное возрождение института апелляции, ибо наличие данной формы судеб-

ного контроля позволит минимизировать управляющее воздействие высших судов на нижестоящие инстанции, а независимость суда — уже сама по себе общепризнанная ценность. Впрочем, эта тема, возможно, станет лейтмотивом следующего выпуска «Актуальных проблем».

Представленные в настоящем издании материалы порой существенно различаются по манере изложения проблем. Естественно, далеко не все актуальные проблемы уголовного судопроизводства нашли свое отражение на страницах данного сборника. Хочется надеяться, что в последующих выпусках этот пробел будет восполняться.

Авторы книги будут благодарны читателям за обнаруженные неточности и недостатки, все они в обязательном порядке будут учтены в научной работе. Более того, мы с удовольствием приглашаем наших читателей к различным формам научного сотрудничества.

Судья Верховного Суда РФ (в отставке), профессор кафедры судебной власти и организации правосудия ГУ-ВШЭ, доктор юридических наук *Колоколов Н. А.*

ЧАСТЬ 1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

1. ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО: ПРИРОДА, СУЩНОСТЬ, ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ

Юридический процесс: общее и особенное

А. А. Павлушина

Общее как характеристика является основанием любых концепций, научных систем и идей, так или иначе пытавшихся *обобщить* процессуальное в праве. В конечном счете, формирование теории судебного права, общеправовой процессуальной теории или теории процессуального в непроцессуальных отраслях есть реализация гносеологической линии осмысления правовой материи как системы, включающей в качестве элементов понятия «единичное», «особенное» и «общее». Очевидно, что всякое надпозитивное, наднормативное построение в сфере процессуального права есть результат научного обобщения разрозненных правовых явлений. Понятие «общего» всегда являлось квинтэссенцией всякой научной дискуссии о единстве процесса, причем дискуссии эти часто переходили почти в арифметический подсчет совпадений и несовпадений конкретных правил уголовного и гражданского процессов. **Борьба за процесс** всегда была сопряжена с доводами типа: «это *обобщающее* право», «вынесение за скобки *общего* знаменателя», «больше различий, нежели сходства»¹, «факторы, объединяющие отрасли процессуального права и истоки их единства», «обоснование внутреннего единства»², «*общие* признаки, *общие* закономерности действия у отраслевых видов процесса», «для отыскания общего используются внешние неглубинные черты»³, «больше различий, чем следовало бы»⁴ и т.д. и т.п.

¹ Обсуждение проблемы судебного права // Советское государство и право. 1980. № 1. С. 140—141.

² *Гукасян Р. Е.* Рецензия на кн. : Проблемы судебного права : моногр. / Н. Н. Полянский [и др.]. М., 1983. С. 105—107.

³ *Протасов В. Н.* Основы общеправовой процессуальной теории. М., 1991. С. 5, 22.

⁴ *Сабо И.* Основы теории права: пер с венг. М., 1974. С. 64.

Борьба со становлением общепроцессуального теоретического знания, попытки представить в качестве такового все, что к настоящему моменту оформилось таким образом в одном отдельно взятом законодательстве¹, есть, по существу, борьба с научным подходом к осмыслению действительности. Ведь познание и есть в результате сложный процесс *обобщения* предметов и явлений, образования понятий, категорий. Научные законы, как наиболее устойчивые системные связи, формируются именно в результате *обобщения*.

Вспомним пророческие слова И. А. Галагана: «...Нигилизм отдельных авторов в отношении к проблемам общего юридического процесса неприемлем и потому, что он противоречит творческому духу самой науки, призванной открывать новые закономерности и тенденции общественных и иных явлений, к которым относится и право. Отказ от концепции общего юридического процесса, от разработки его проблем, а также фактическое игнорирование уже проведенных исследований в общетеоретическом и отраслевых аспектах не могут обогатить советскую правовую науку, являются тормозом ее развития»².

Однако и об этом уже упоминалось, и до сих пор, невзирая на очевидную необходимость общего процессуального знания, встречаются следующие мнения: «Несмотря на полученное признание у части научной общественности и активную разработку темы в литературе, представляется спорным, что “осмысление единства процессуальных форм” имеет прикладное значение в праве»³. Оспаривать «прикладное значение» любого научного обобщения все равно, что оспаривать диалектические основы устройства человеческого социума или философского осмысления мира.

Именно упрощенный утилитарно-прикладной подход помешал в свое время теоретическому развитию общепроцессуального знания, которого с очевидностью и оказалось недостаточно в момент, когда

¹ На это обстоятельство обращает внимание и С. Ф. Афанасьев. По его словам, «судебное право иногда смешивают с процессуальным правом, а последнее с юридическим процессом, который, в свою очередь, подменяется словосочетанием “юрисдикционный процесс”», что рельефно прослеживается при описании историографии, касающейся развития гражданской процессуальной мысли (Е. Г. Лукьянова). См.: *Афанасьев С. Ф.* Выступление на методологическом семинаре «Юридический процесс: проблемы методологии» // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. № 2. С. 191.

² Процессуальные нормы и отношения в советском праве (в «непроцессуальных» отраслях) / под ред. И. А. Галагана. Воронеж, 1985. С. 12.

³ *Гусев В. Г.* Выступление на методологическом семинаре «Юридический процесс: проблемы методологии» // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. № 2. С. 179.

оно могло быть практически востребовано. Все процессуальное законодательство в «непроцессуальных» отраслях, активно создаваемое в настоящее время в российском праве, фактически лишено общей основы. По справедливому замечанию Ж.-Л. Бержеля и Дж. Корню: «Право, “поддерживаемое каркасом *концептов*, передающих ему свою интеллектуальную организацию”, функционирует путем классификации фактов, обстоятельств, понятий... основанной на их общих чертах и их ориентированности на общие модели...»¹

Общие понятия, категории, институты являются не просто внешними разрозненными признаками сходства, которое необходимо осмыслить, они не являются и только лишь доказательствами обоснованности существования общего процессуального знания, они *составляют его каркас, основу, его содержание*. Р. фон Йеринг писал: «Не в том заключается значение римского права для нового мира, что оно временно считалось источником права, это значение и было, только временно...»² Перефразируя его, можно сказать: не в том заключается значение общей теории юридического процесса или процессуального права, что оно обобщит и назовет единым термином то процессуальное, что есть такового и оформилось в качестве такового в данной, наличной правовой системе³, — это положение лишь временно. Значение его в выработке настолько общего знания доктринального, догматического толка, которое бы стало: а) основой конструирования современного законодательства; б) современной научной теорией процесса; в) методологией дальнейшего познания права; г) просто обоснованным научным обобщением — наблюдением, которое непременно будет востребовано для дальнейшего развития процессуального знания, — процесс любого познания безграничен. Теория процессуального права должна относиться к процессуальным нормам в праве «не как целое к частям, но как корень к отраслям, как начало, основание и причина к последствиям» (Ф. А. Голубинский)⁴.

Парадоксально, но факт: наибольший вклад в развитие общепроцессуального знания внесли открытые противники общей теории процесса или ученые, считавшие себя таковыми. Общие категории процессуальной теории, например, иск как притязание, предъявленное суду, стороны, доказательства, их оценка, свойства и классификация и т.д., разрабатывались с позиций их общности авторами судебного

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 339; Cornu G. Droit Civil, Introduction — Les personnes — Les biens. 1980. P. 186

² Йеринг Р. Дух римского права. СПб., 1875. С. 2.

³ См.: Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права. М., 2003. С. 117—118.

⁴ Цит. по: Корнилов С. Ф. Русские философы : справ. СПб., 2001. С. 94.

права¹. Такие общие понятия правоприменительного процесса, как установление факта, установление юридической основы дела, его правовая квалификация, — результат труда ученых — авторов теории правоприменения². Вклад, внесенный непосредственными авторами «Теории юридического процесса», — это его «формальные» общие категории — процессуальные производства, процессуальные стадии, процессуальные режимы, процессуальная форма в целом³, процессуальные средства⁴.

Е. Г. Лукьянова, изучая проблему общности в процессуальном праве, считает возможным признать наиболее общими и ввести в научный оборот такие понятия (категории), как «правовой блок» (им она называет совокупность норм четырех «официальных процессов» — гражданского, уголовного, арбитражного и исполнительного, процессуальные части административного, конституционного права и налогового права, а также «процессуальные институты, включенные в содержание некоторых материальных отраслей»⁵); «процессуально-правовой механизм», «процессуально-правовые нормы», «процессуально-правовые отношения», «юридические факты, их опосредующие»⁶. Таким образом исследуется теоретико-догматическая общность процессуальной науки.

Считая общие понятия, категории и институты теории юридического процесса важнейшей составляющей ее содержания, квинтэссенцией ее, определим предварительно различие в этих трех единицах юридического мышления и собственно содержания права. Такое разъяснение представляется не столько с целью напомнить их философское научное содержание и взаимные различия, сколько подчеркнуть — на это никто из исследователей общепроцессуальной теории не обращает специального внимания, — именно система этих трех элементов слагает каркас ее.

¹ См.: Проблемы судебного права : моногр.; *Рязановский В. А.* Единство процесса. М., 1996.

² *Алексеев С. С.* Проблемы теории права : курс лекций : в 2 т. Т. 2. Свердловск, 1973; *Дюрягин И. Я.* Применение норм советского права. Теоретические вопросы. Свердловск, 1973; *Васильев В. В.* Размышления о «Кантианских вариациях» М. К. Мамардашвили // Вопросы философии. 1999. № 10. С. 181.

³ См.: Теория юридического процесса / под общ. ред. В. М. Горшенева. Харьков, 1985.

⁴ См.: *Протасов В. Н.* О насущной потребности в новой учебной дисциплине «Общей теории процессуального права» // Государство и право. 2003. № 12. С. 58.

⁵ *Лукьянова Е. Г.* Теория процессуального права. С. 117—118.

⁶ *Лукьянова Е. Г.* Указ. соч. С. 156—228.

Понятие с философских позиций представляется формой отражения мира путем языкового обобщения предметов и явлений под общим названием, термином. Выделение классов предметов и обобщение этих предметов в понятия является необходимым условием познания научных законов. В понятиях концентрируются накапливаемые наукой знания. Всякое понятие есть абстракция, что создает видимость отхода от действительности. На самом деле формирование понятия — это выделение и изучение существенных сторон ее. Любая единица конкретного может быть с большей полнотой описана при помощи совокупности понятий, отражающих различные ее стороны¹. Категория, по существу, есть ничто иное, как понятие, но только более общее, отражающее наиболее общие и существенные свойства, формы упорядочивания нашего опыта (по И. Канту)². И. Д. Андреев отмечал: «Есть понятия, которые отражают основные свойства сравнительно небольшого класса предметов. В этом смысле мы можем назвать их частными понятиями. Но есть и такие понятия, в которых выражены существенные свойства, связи, отношения, принадлежащие всем или почти всем предметам, явлениям, изучаемым данной наукой. Такие наиболее общие понятия называются категориями»³. Итак, налицо подход, именуемый в праве «оценочным».

Категория как единица измерения научного знания не принадлежит лишь философии, не является прерогативой ее владения⁴. Всякая наука нуждается в оперировании разноразмерными понятиями в зависимости от той степени общности, которую они представляют. Не вдаваясь в обсуждение того, являются ли они гносеологическими или онтологическими факторами, или тем и другим одновременно⁵, хотим, однако, отметить, что используемые иногда как заменители

¹ См.: *Войшвилло Е. К.* Понятие // *Философский словарь* / под ред. И. Т. Фролова. М., 2001. С. 437.

² См.: *Михайлов Ф. Т.* Категория // *Философский словарь*. С. 237.

³ *Андреев И. Д.* Проблемы логики и методологии познания. М., 1972. С. 177.

⁴ Такое мнение является, хотя преобладающим, но не единственным. См., например: *Готт В. С., Семенюк Э. П., Урсул А. Д.* Категории современной науки. Становление и развитие. М., 1984; *Крымский С. Б.* Системы знания и проблемы их категориальной определенности // *Логико-философский анализ понятийного аппарата науки*. Киев, 1977. С. 197.

⁵ См.: *Готт В. С., Семенюк Э. П., Урсул А. Д.* Категории современной науки. Становление и развитие; *Крымский С. Б.* Системы знания и проблемы их категориальной определенности; *История современной зарубежной философии* / под ред. М. Я. Корнеева. СПб., 1997. С. 4; *Лекторский В. А.* Теория познания (гносеология, эпистемология) // *Вопросы философии*. 1999. № 8; *Тарасов Н. Н.* Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы) // *Российский юридический журнал*. 2000. № 3. С. 25—36.

обсуждаемых понятий термины «конструкция» или «институт» представляются элементами иного понятийного ряда, причем несущими значительно бóльшую — именно онтологическую нагрузку, нежели «понятия» и «категории». Н. Н. Тарасов, обсуждая проблему юридических *конструкций* в праве и в науке о праве, признавая первоначально их в качестве элементов юридической техники наряду с терминологией, правилами и приемами изложения содержания нормативных актов, хотя и выявляет (совершенно справедливо, на наш взгляд) как онтологическое, так и гносеологическое содержание этого понятия, но незаметно переходит на отождествление их с научными категориями¹.

Такой подход не имеет под собой должных оснований. Понятие «конструкция», хотя и может быть использовано и используется в праве, являясь, скорее, не элементной составляющей знания, но проявлением методологии научного поиска. Конструирование есть, в конечном счете, искусственное воссоздание объекта в предполагаемых связях его элементов, итогом его является *модель, конструкция*, результат проявления синтеза, рассмотрение объектов и утверждений о них в формальной системе их действительных или предполагаемых связей². Таким образом, конструкция — это модель и результат моделирования как способа научного познания. Со ссылкой на В. А. Козлова, Л. М. Косареву и Г. П. Щедровицкого Н. Н. Тарасов приходит к подобному выводу, отмечая, что конструкции «как научные модели... возникают именно в процессе познания права»³. При всем значительном пересечении обсуждаемых понятий, каждое из них имеет свой оттенок. В известном смысле научная конструкция обсуждается и выдвигается в виде *системы*, предполагаемой связи некоторых элементов, возможно, в качестве будущей категории, понятия или закона.

Исходя из такой посылки, пытаясь обобщить в большей или меньшей мере уже утвердившиеся в теории процессуального права положения, следует вести речь именно о ее *понятиях и категориях*. Не надо отказываться и от конструкций, с принятием, однако, вышеизложенной оговорки. Некоторые западные авторы применительно к элементному составу науки вводят также понятие *концепта*, как *некоей интеллектуальной конструкции*, организованной «в соответствии с его собствен-

¹ См.: Тарасов Н. Н. Указ. соч. С. 31—32.

² См.: Философский словарь. С. 259.

³ Тарасов Н. Н. Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы). С. 29; Козлов В. А. Проблемы предмета и методологии общей теории права. Л., 1989. С. 88; Косарева Л. М. Предмет науки. М., 1977; Щедровицкий Г. П. Избр. труды. М., 1995.

ной природой, ...сочетающегося с другими концептами такого же рода, с целью формирования чистой юридической конструкции, построенной на чистой абстракции и только за счет усилий мысли»¹.

Очевидно преуменьшая (в прямом смысле этого слова) понятие категории, Ж.-Л. Бержель оценивает последние как “рудименты науки о праве”, по отношению к которой они выступают в роли сырья»². Указывая на *классификационное* происхождение категорий в системе «концепт-категория», он пишет: «...любая система концептов предполагает дифференциацию и объединение используемых понятий, а также реалий и явлений, с которыми она сталкивается в действительности. Поэтому юристы вынуждены выводить *юридические категории*, т.е. совокупности прав, предметов, лиц, фактов или актов, обладающих общими характерными чертами и подчиняющихся общему режиму»³.

Не исключая возникновения потребности в более общем, нежели категория, обобщающем понятии для теории процесса, ограничимся пока системой «понятие-категория» как достаточной для отражения существующих представлений о системности, общих связях и закономерностях юридического процесса. Выделять иные единицы теории не представляется возможным — это преждевременно.

Еще одной обязательной характеристикой не процесса и не теории о нем, а процессуального права является юридический, правовой институт. Традиционно связываемая в отечественной науке с понятием отрасли права и не мыслимая вне его отраслевого деления, хотя с давно ощущаемой потребностью в межотраслевой «комплексности», в значительной мере проявляющейся именно на этом уровне, такая правовая характеристика, как «правовой институт», может и должна использоваться в *теории* процессуального права. Вполне разделяя мнение Бержеля о том, что юридический институт — это «комплекс юридических правил, организованных вокруг одной центральной идеи и образующих единое целое, упорядоченное в одну систему и перманентное»⁴, и соглашаясь с тем, что в то же время «оно остается недостаточно ясным»⁵, подчеркнем, однако, его общепризнаваемую суть. *Институт* в отличие от *категории* — единица не науки и научного мышления, но позитивного права — ограниченная система юридических правил, часть нормативного материала. И хотя, по справедливому замечанию

¹ *Geny F. Science et technique en droit prive positif. T. I. № 40; Цит. по: Бержель Ж.-Л. Указ. соч. С. 338—339.*

² *Бержель Ж.-Л. Общая теория права. С. 339.*

³ *Бержель Ж.-Л. Указ. соч. С. 339.*

⁴ *Бержель Ж.-Л. Общая теория права. С. 311.*

⁵ Там же.

А. Ф. Черданцева, «между нормативной юридической конструкцией и юридической теоретической конструкцией нет грани, которая бы полностью отделяла одну от другой...»¹, прибегнем к этой характеристике лишь по мере необходимости, когда речь пойдет о сформировавшейся группе однотемных, однопредметных правовых норм.

Разделяя понятия и категории общей теории процесса по степени обозначаемой общности, следует, прежде всего, назвать отнесенные по этому признаку к юридическому процессу и процессуальному праву в целом. Ими являются, например, принципы: состязательности-следственности, законности, гласности-тайности, устности-письменности, участия общественности или принцип администрирования, надлежащей подведомственности-подсудности, предсказуемости процессуальных действий, коллегиальности-единоличности и т.д. Традиционно эти *категории* в праве именуются *принципами*, однако принципом каждый из обозначенных подходов в процессе становится лишь при его видимом преобладании. Так, обязательная для судебных стадий европейского юрисдикционного процесса гласность на стадии досудебной, например, при осуществлении предварительного следствия по уголовному делу, как правило, преобразуется в свой антипод. Так, ст. 11 УПК Франции прямо указывает, что «дознание и расследование проводятся с соблюдением тайны, за исключением случаев, когда закон располагает другими возможностями ведения дознания без ущерба для прав защиты»². Таково положение с обсуждаемым принципом и в большинстве других европейских государств.

Таким образом, тайность³ и открытость (гласность, прозрачность, транспарентность⁴) сами по себе есть *категории* процессуального права,

¹ Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993. С. 150.

² Юридические и судебные практики: Репрессивная судебная система. Справедливый процесс. Гласность вещных прав на недвижимость : сб. док. франко-российского сотрудничества. № 2. 1998. С. 131. (Российско-французская серия: информ. и учеб. материалы.)

³ Об этом принципе см. подробнее, например: Лопатин В. Н. Информационная безопасность России: Человек. Общество. Государство. СПб., 2000; Его же. Правовая охрана и защита служебной тайны // Государство и право. 2000. № 6. С. 85—91; Шиверский А. А. Защита информации: проблемы теории и практики. М., 1996. С. 21; Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 1996. С. 675; Елютина Е. В. Правовая регламентация соблюдения тайны // Государство и право. 2002. № 8. С. 16—23.

⁴ См., например: Абросимова Е. Б. Транспарентность правосудия // Судебные новости. 2001. № 1—2. С. 7—15; Бозров В. Гласность и тайна в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2002. № 2; Концепция информационной политики судебной системы // Российская юстиция. 2002. № 4. С. 6—11; Про-

отражающие независимо от вида процесса общий подход к доступности его содержания для третьих лиц. Подобно философским категориям, которые только в совокупности представляют смысловую характеристику предмета, явления, *категориии*, а не отдельно взятые *принципы* процессуального права являются основой его общетеоретического познания.

При описании конкретной разновидности процесса мы всегда указываем на преобладание одного из двух начал в категориальной паре, выходя, таким образом, на понятие принципа конкретного процесса. Так, обсуждая пару категорий «гласность–тайность», можно отметить следующее: она обязательно проявляет себя в процессе либо однозначным преобладанием одного над другим или даже императивно установленным единством принципа, либо находится в подвижном сочетании, определяемом существом процедуры. В последнем случае нельзя, по нашему мнению, называть такое *сочетание* принципом, как это иногда делалось ввиду идеологической невозможности признать наличие в процессе того и другого начала. Так, ввиду очевидного присутствия как коллегиальности, так и единоличия рассмотрения дела в советском гражданском процессе, такое «двуначалие» обозначали как принцип «сочетания единоличного и коллегиального начал в рассмотрении и разрешении гражданских дел»¹. Подобным образом дело обстоит, имея в виду, например, отечественный гражданский процесс, и с принципами диспозитивности, участия общественности, устности, гласности, осуществления правосудия только судом и т.д.

Принцип — это лишь преобладание одного или другого из парных начал — *категорий*, как наиболее общих характеристик любого вида процесса и основных составляющих его общей теории. В конечном счете, известно, что право само по себе есть система ограничений, вопрос заключается лишь в их мере и обоснованности². Еще не так давно, при обсуждении новелл уголовного процесса во французском праве, когда речь шла о возможном участии адвоката с первого часа задержания, предполагалось допустить таковое при *закрытом его дос-*

зрачность правосудия: Международные стандарты и российская практика : сокращенная стенограмма научно-практической конференции // Обозрение: судебные новости. 2000. № 7; Трунов И. Л. Гласность как принцип правосудия // Российский судья. 2002. № 2. С. 45—47; Анисимцев Н. В. Япония: обеспечение прозрачности («транспарентности») административно-государственного управления // Государство и право. 2003. № 6. С. 58—65; и др.

¹ Гражданский процесс: учебник / под ред. М. С. Шакарян. М., 1993. С. 37.

² См.: Локк Дж. Два трактата о правлении: в 3 т. Т. 3. М., 1998. С. 334; Цит. по: Дженнис М., Кей Р., Брэдли Э. Европейское право в области прав человека. Практика и комментарии : пер. с англ. М., 1997. С. 9.

тупе к материалам дела. При этом отмечалось, что «адвокат должен понимать, что на первоначальной стадии судопроизводства его вмешательство ограничено в интересах потерпевшего и с учетом необходимости наказания преступника (!)»¹. Эта известная проблема уголовного процесса, и не только, конечно, французского, с очевидностью показывает неизбежный диалектизм ситуации — парность процессуальных категорий и *постоянную меру* выбора их в качестве ориентира, начала, *принципа* конкретного процесса.

Законные способы сохранения конфиденциальности информации очень часто предполагают применение именно процессуального механизма, имея в виду, конечно, что многие компетенционные нормы, например, могут представлять собой как часть официально-процессуального законодательства или входить в состав комплексных «предметных» актов. Очевидно, что *процессуальный режим «тайности» вовсе не равен материально-правовому понятию тайны*, определяемой иногда как *сведения или информация* конфиденциального характера². Таким образом, «тайность» и «открытость» есть процессуальные категории, способные в реалиях правовой действительности стать принципом процесса, процессуальным режимом и т.д.

Аналогичным образом следует оценивать все иные «принципы» процесса как наиболее общие категории общепроцессуальной теории, которые в своем реальном приложении к содержанию процесса и законодательства о нем становятся его принципом — основной идеей, реализуемой в наборе правил, определяющих комплекс специальных ограничений или стимулов, создающих «процессуальный режим». Именно поэтому, по нашему мнению, в науке наметился отход от применяемого ранее, как общепринятого, термина — «принцип» процесса. Диспозитивность, коллегиальность, единоличие стали все чаще называть правовыми началами³, подразумевая под этим парную категорию.

Не имея возможности в контексте изложения подробно характеризовать ситуацию с «беспарным» принципом законности, отметим

¹ Юридические и судебные практики: Репрессивная судебная система. Справедливый процесс. Гласность вещных прав на недвижимость. С. 133.

² См.: *Лопатин В. Н.* Правовая охрана и защита служебной тайны // Государство и право. 2000. № 6. С. 85—91; *Шиверский А. А.* Защита информации: проблемы теории и практики. С. 21.

³ См., например: *Тарасов А. А.* Единоличное и коллегиальное в уголовном процессе: правовые и социально-психологические проблемы. Самара, 2001. С. 7—25; *Плешанов А. Г.* Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики. М., 2002; *Смирнов А. В.* Модели уголовного процесса. СПб., 2000. С. 7; и др.