



СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

№ 3 • 2020

Свидетельство о регистрации

Роскомнадзора ПИ № ФС 77-56617 от 26.12.2013

Редакционный совет:

Д. В. Зотов,

кандидат юридических наук, доцент (главный редактор)
(Воронежский гос. университет);

Ю. Н. Стариков,

доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

Г. В. Стародубова,

кандидат юридических наук, доцент (отв. секретарь)
(Воронежский гос. университет)

Редакционная коллегия:

В. А. Азаров, доктор юридических наук, профессор
(Омский гос. университет);

О. И. Андреева, доктор юридических наук, доцент
(Томский гос. университет);

М. Т. Аширбекова, доктор юридических наук, профессор
(Волгоградский гос. университет);

М. О. Баев, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

А. С. Барабаш, доктор юридических наук, профессор
(Сибирский федер. университет);

О. В. Баулин, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

П. Н. Бирюков, доктор юридических наук, профессор
(Воронежский гос. университет);

О. Л. Васильев, кандидат юридических наук, доцент
(Московский гос. университет имени М. В. Ломоносова);

А. С. Гамбарян, доктор юридических наук, профессор
(Российско-Армянский университет, Армения);

Л. В. Головкин, доктор юридических наук, профессор
(Московский гос. университет имени М. В. Ломоносова);

С. И. Давыдов, доктор юридических наук, доцент
(Алтайский гос. университет);

А. Ю. Епихин, доктор юридических наук, профессор
(Казанский (Приволжский) федер. университет);

Е. Р. Ергашев, доктор юридических наук, профессор
(Уральский гос. юрид. университет);

З. З. Зинатуллин, доктор юридических наук, профессор
(Удмуртский гос. университет);

Г. С. Казинян, доктор юридических наук, профессор
(Ереванский гос. университет, Армения);

А. П. Кругликов, кандидат юридических наук, профессор
(Волгоградский гос. университет);

З. В. Макарова, доктор юридических наук, профессор (Южно-Уральский гос. университет);
О. А. Малышева, доктор юридических наук, профессор (Академия права и управления ФСИН);
Н. С. Манова, доктор юридических наук, профессор (Саратовская гос. юрид. академия);
Е. В. Марковичева, доктор юридических наук, профессор (Орловский гос. университет);
В. А. Мещеряков, доктор юридических наук, профессор (Воронежский гос. университет);
Н. Г. Муратова, доктор юридических наук, профессор (Казанский (Приволжский) федер. университет);
Е. И. Носырева, доктор юридических наук, профессор (Воронежский гос. университет);
А. В. Победкин, доктор юридических наук, профессор (Московский университет МВД России);
Т. Б. Рамазанов, доктор юридических наук, профессор (Дагестанский гос. университет);
О. С. Рогачева, доктор юридических наук, доцент (Воронежский гос. университет);
С. Б. Россинский, доктор юридических наук, доцент (Московский гос. юрид. университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА));
А. В. Руденко, доктор юридических наук, профессор (Кубанский гос. университет);
Т. К. Рябинина, кандидат юридических наук, профессор (Юго-Западный гос. университет);
М. К. Свиридов, доктор юридических наук, профессор (Томский гос. университет);
И. В. Смолькова, доктор юридических наук, профессор (Байкальский гос. университет);
В. В. Трухачев, доктор юридических наук, профессор (Воронежский гос. университет);
Ю. В. Францифоров, доктор юридических наук, профессор (Саратовская гос. юрид. академия);
О. Н. Шеменева, доктор юридических наук, доцент (Воронежский гос. университет);
В. Б. Ястребов, доктор юридических наук, профессор (Московский гос. университет имени М. В. Ломоносова)

Учредитель:
Федеральное государственное
бюджетное образовательное учреждение
высшего образования «Воронежский
государственный университет»

Адрес учредителя:
394018 Воронеж, Университетская пл., 1

Адрес редакции, издателя:
394018 Воронеж, пл. Ленина, 10а, к. 810
E-mail: sudvl@mail.ru

Сайт журнала:
www.law.vsu.ru/sudvl

Подписной индекс:
94235 Объединенного каталога «Пресса России»

Ведущий редактор
Н. Н. Масленникова
Формат 70×108/16. Уч.-изд. л. 5,3. Усл. п. л. 5,6
Тираж 500 экз. Заказ 550
Дата выхода в свет 30.09.2020

Издательский дом ВГУ
394018 Воронеж, пл. Ленина, 10
Отпечатано в типографии
Издательского дома ВГУ
394018 Воронеж, ул. Пушкинская, 3

© Воронежский государственный университет,
2020
© Оформление, оригинал-макет.
Издательский дом ВГУ, 2020



JUDICIAL AUTHORITY AND CRIMINAL PROCESS

SCIENTIFIC JOURNAL

№ 3 • 2020

Registration certificate ПИ № ФС 77-56617 от 26.12.2013

Editorial council:

D. V. Zotov,

candidate of legal sciences, associate professor, editor
(Voronezh State University);

Yu. N. Starilov,

doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

G. V. Starodubova,

candidate of legal sciences, associate professor,
executive secretary
(Voronezh State University)

Editorial board:

V. A. Azarov, doctor of legal sciences, professor
(Omsk State University);

O. I. Andreeva, doctor of legal sciences, professor
(Tomsk State University);

M. T. Ashirbekova, doctor of legal sciences, professor
(Vorlgoograd State University);

M. O. Baev, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

A. S. Barabash, doctor of legal sciences, professor
(Siberian Federal University);

O. V. Baulin, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

P. N. Biriukov, doctor of legal sciences, professor
(Voronezh State University);

O. L. Vasilyev, candidate of legal sciences, associate professor
(Lomonosov Moscow State University);

A. S. Ghambaryan, doctor of legal sciences, professor
(Russian-Armenian University, Armenia);

L. V. Golovko, doctor of legal sciences, professor
(Lomonosov Moscow State University);

S. I. Davidov, doctor of legal sciences, professor
(Altai State University);

A. Yu. Epihin, doctor of legal sciences, professor
(Kazan Federal University);

E. R. Ergashev, doctor of legal sciences, professor
(Ural State Law University);

Z. Z. Zinatullin, doctor of legal sciences, professor
(Udmurt State University);

G. S. Kazinian, doctor of legal sciences, professor
(Yerevan State University, Armenia);

A. P. Kruglikov, candidate of legal sciences, professor (Volgograd State University);
Z. V. Makarova, doctor of legal sciences, professor (South Ural State University);
O. A. Malysheva, doctor of legal sciences, professor (Academy of law and management of the Federal service of execution of punishments);
N. S. Manova, doctor of legal sciences, professor (Saratov State Law Academy);
E. V. Markovicheva, doctor of legal sciences, professor (Orel State University);
V. A. Meshcheryakov, doctor of legal sciences, professor (Voronezh State University);
N. G. Muratova, doctor of legal sciences, professor (Kazan Federal University);
E. I. Nosyreva, doctor of legal sciences, professor (Voronezh State University);
A. V. Pobedkin, doctor of legal sciences, professor (Moscow University of the Russian Ministry of Internal Affairs);
T. B. Ramazanov, doctor of legal sciences, professor (Dagestan State University);
O. S. Rogacheva, doctor of legal sciences, associate professor (Voronezh State University);
S. B. Rossinskiy, doctor of legal sciences, associate professor (Kutafin Moscow State Law University (MSAL));
A. V. Rudenko, doctor of legal sciences, professor (Kuban State University);
T. K. Ryabinina, candidate of legal sciences, professor (Southwest State University);
M. K. Sviridov, doctor of legal sciences, professor (Tomsk State University);
I. V. Smolkova, doctor of legal sciences, professor (Baikal State University);
V. V. Trukhachev, doctor of legal sciences, professor (Voronezh State University);
Yu. V. Franziforov, doctor of legal sciences, professor (Saratov State Law Academy);
O. N. Shemeneva, doctor of legal sciences, associate professor (Voronezh State University);
V. B. Yastrebov, doctor of legal sciences, professor (Lomonosov Moscow State University)

| | |
|--|---|
| Founder: | Editorial address: |
| Federal State Budget Educational Institution of Higher Education «Voronezh State University» | 394018 Russia, Voronezh, Lenin Sg., 10a, r. 810 E-mail: sudvl@mail.ru |

| | |
|---|--|
| Editorial founder: | Official site: |
| 394018, Voronezh, Universitetskaya pl., 1 | www.law.vsu.ru/sudvl |

© Voronezh State University, 2020
© Desin, original-model.
Publishing house of Voronezh State University,
2020

СОДЕРЖАНИЕ

| | | |
|-----------|--|----|
| 7 |ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА | |
| | <i>Гамбарян А. С., Бегларян К. С.</i> Правовая позиция Кассационного Суда РА по поводу допустимости тайной записи частным лицом..... | 7 |
| | <i>Гриценко Д. В.</i> Соединение уголовных дел: актуальные проблемы расследования должностного подкупа | 14 |
| | <i>Стародубова Г. В.</i> Субъективный фактор в уголовном процессе | 18 |
| 28 |ДОСУДЕБНОЕ ПРОИЗВОДСТВО | |
| | <i>Малахова Л. И.</i> Следственные действия: правовые и фактические основания производства..... | 28 |
| 32 |УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ДОКАЗЫВАНИЕ | |
| | <i>Зинатуллин З. З., Зинатуллин Т. З.</i> Проблемы уголовно-процессуального доказывания в свете достижений современного научно-технического прогресса..... | 32 |
| 38 |ВОПРОСЫ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ЗАЩИТЫ | |
| | <i>Зотов Д. В.</i> Моральные основы юридического выступления (по мотивам судебных речей Ф. Н. Плевако) | 38 |
| | ВЗАИМОСВЯЗЬ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА | |
| 54 |С ЮРИДИЧЕСКИМИ НАУКАМИ | |
| | <i>Уткин Д. В.</i> Административно-правовое содержание правовой категории «публичный порядок»..... | 54 |
| | <i>Белова Н. В.</i> Рассогласованность норм Общей и Особенной частей Уголовного кодекса на примере института соучастия | 59 |
| 64 | ИСКУССТВО И ПРАВОСУДИЕ | |
| | <i>Зотов Д.</i> Карающее правосудие | 64 |

CONTENTS

| | |
|-----------|--|
| 7 | GENERAL PROVISIONS OF THECRIMINAL PROCEDURE |
| | <i>Ghambaryan A. S., Beglaryan K. S.</i> Legal position of the Court of Cassation of RA on the admissibility of covert recordings by a private person.....7 |
| | <i>Gritsenko D. V.</i> Combining criminal cases: actual issues in investigating bribery.....14 |
| | <i>Starodubova G. V.</i> The subjective factor in the criminal procedure.....18 |
| 28 |PRETRIAL |
| | <i>Malakhova L. I.</i> Investigative actions: legal and factual basis of production28 |
| 32 | CRIMINAL PROCEDURE EVIDENCE |
| | <i>Zinatullin Z. Z., Zinatullin T. Z.</i> Problems of criminal procedure evidence in the light of the achievements of modern scientific and technical progress.....32 |
| 38 |PROFESSIONAL PROTECTION ISSUES |
| | <i>Zotov D. V.</i> Moral foundations of legal speech (based on the court speeches of F. N. Plevako).....38 |
| | RELATIONSHIP OF CRIMINAL PROCEEDINGS |
| 54 | WITH LEGAL SCIENCES |
| | <i>Utkin D. V.</i> Administrative and legal content of the legal category «public order»54 |
| | <i>Belova N. V.</i> Inconsistency of the norms of the general and special parts of the criminal code on the example of the institute of complicity59 |
| 64 | ARTS AND JUSTICE |
| | <i>Zotov D.</i> Punishing justice64 |

А. С. Гамбарян, К. С. Бегларян

ПРАВОВАЯ ПОЗИЦИЯ КАССАЦИОННОГО СУДА РА ПО ПОВОДУ ДОПУСТИМОСТИ ТАЙНОЙ ЗАПИСИ ЧАСТНЫМ ЛИЦОМ

По данному вопросу Кассационный Суд РА принял два постановления. В одном постановлении тайные записи, произведенные частным лицом, во всех случаях были признаны недопустимыми для использования в качестве доказательства. В последующем решении суд установил, что запись телефонных разговоров, представленная частным лицом в орган, проводящий уголовное производство, может быть признана доказательством. Авторы анализируют постановления с разных точек зрения и предлагают критерии, по которым можно признать запись, сделанную частным лицом, в качестве доказательства.

К л ю ч е в ы е с л о в а: Кассационный Суд РА, тайная запись, допустимость тайной записи, запись телефонного разговора.

LEGAL POSITION OF THE COURT OF CASSATION OF RA ON THE ADMISSIBILITY OF COVERT RECORDINGS BY A PRIVATE PERSON

The Cassation Court of the RA passed two decisions on this issue. In one decree, covert records made by a private person are in all cases unacceptable for use as evidence. Subsequently, he established that the recording of telephone conversations submitted by a private person to the body conducting the criminal proceedings could be recognized as evidence. The author analyzes the rulings from different points of view and offers criteria by which the record can be recognized as evidence.

К e y w o r d s: Cassation Court of the RA, covert recording, admissibility of covert recording, recording of a telephone conversation.

Поступила в редакцию 8 сентября 2020 г.

Анализ постановления Кассационного Суда РА от 1 ноября 2012 г.

Общие положения

Во время уголовного следствия по делу № ЕКД/0081/01/11 потерпевшая И.Б. представляет в орган, осуществляющий расследование, диск с записью разговора между ее мужем В.Б. и подсудимым М.М. Запись была произведена ее мужем. С целью выяснить содержание разговора следователь принял постановление о назначении судебной экспертизы, предоставив эксперту диск. Суд первой инстанции произведенную свидетелем В.Б. запись признал недопустимым доказательством на том основании, что запись была сделана ли-

цом, не имевшим права совершать соответствующее следственное или иное процессуальное действие по данному уголовному делу; процедура, предусмотренная законом для этого действия, не была соблюдена. Кассационный Суд в постановлении по данному делу от 1 ноября 2012 г. указал, что запись, представленная следователем на экспертизу, была получена с нарушениями процедуры, установленными уголовно-процессуальным законодательством. В частности, по делу М.М. и И.Б. ходатайство о записи не было представлено в суд, и суд соответствующее постановление не принимал. И.Б. предоставила запись в орган, осуществляющий процесс, сказав, что запись была произведена ее мужем. То есть полученная фактическая информация была получена от лица, которое не уполномочено вести уголовное производство по данному уголовному делу, вести соответствующее расследование или иное судебное разбирательство¹. Мы считаем, что в контексте фактических обстоятельств настоящего дела обоснование Кассационного Суда РА представляется неверной как с конституционной, так и с уголовно-правовой точки зрения.

Конституционно-правовая точка зрения на правовую позицию

Кассационный Суд РА, основываясь на требованиях ч. 5 ст. 23 Конституции РА 2005 г., указал, что ходатайство о записи в суд не было представлено, и суд не принимал соответствующее постановление. Возникает вопрос: применимо ли предусмотренное ч. 5 ст. 23 Конституции РА требование к записям, произведенным частными лицами? Полагаем, что нет. Кассационный Суд, распространяя на частных лиц нормы ч. 5 ст. 23 Конституции РА о гарантии судебного контроля, по сути, неправильно воспринял и истолковал ст. 3 Конституции РА, согласно которой государство обеспечивает защиту основных прав и свобод человека и гражданина в соответствии с нормами и принципами международного права. Государство ограничено основными правами и свободами человека и гражданина как непосредственно действующим правом.

В связи с этим немецкий профессор конституционного права М. Закс отмечает, что основные права в принципе не имеют прямого влияния на третьих лиц, т. е. они обязывают только государственную власть, а не частных лиц. Основные права являются частью конституционного права, предметом конституционного права традиционно, с одной стороны, является организация государства, а с другой – основные правовые взаимоотношения граждан и государства. Регулирование правовых отношений между частными лицами, напротив, принципиально не входит в отрасль конституционного регулирования, оно лишь частное право и как таковое урегулировано кодификациями частного права².

Конституционалист В. Погосян справедливо отмечает, что ч. 2 ст. 3 Конституции РА, определяя адресата основных прав – «публичную власть», принципиально исключает прямое применение основных прав в правовых отношениях между частными лицами. Если основные права непосредственно будут применимы в отношениях «гражданин – гражданин», т. е. гражданин ссыла-

¹ URL: <http://www.arlis.am/>

² См.: Закс М. Конституционное право. Основные права : Ч. 1 : Теория основных прав / пер. Л. Саргсян, В. Погосян. Ереван, 2015. С. 118–123.

ется на свое основное право в правовых отношениях с другим гражданином, то последний может сделать то же самое, ссылаясь на свои основные права. В результате непосредственного применения основных прав между частными лицами основные права человека, которые фактически направлены против государства, станут обязательствами каждого человека по отношению к своим согражданам. Это полностью подорвет саму суть основных прав: вместо расширения свободы основные права станут инструментом, ограничивающим свободу³.

Конституционалист Г. Оганесян также отмечает, что государство является единственным адресатом основных прав, поэтому частные лица, даже в исключительных случаях, не могут быть адресатами основных прав. Только в отношении государства основные права, закрепленные в главе 2 Конституции РА, накладывают определенные обязательства, а субъекты основных прав могут требовать определенного действия или бездействия только от государства⁴. Очевидно, что Конституционный Суд Республики Армения четко заявил, что гарантии конфиденциальности корреспонденции, телефонных переговоров, почты, телеграфа и других сообщений распространяются на органы государственной власти. Таким образом, права, закрепленные в главе 2 Конституции РА, в основном создают обязанности для публичной власти, а для частных лиц применимо конституционное право на свободу действий.

Основные права человека – гарантии, которые призваны защитить человека от незаконного вмешательства государства. Поэтому конституционное требование обращения в суд за получением разрешения на прослушивание и запись относится к государству, а не частному лицу.

Уголовно-правовая точка зрения на правовую позицию

Кассационный Суд РА заявил, что фактические данные были получены от лица, которое не имело права предпринимать соответствующие следственные или иные судебные действия по тому или иному делу и произвело данные действия со значительным нарушением уголовно-процессуального порядка записи лиц. Аргументы, выдвинутые Кассационным Судом РА, относятся к правилам «надлежащего субъекта» и «надлежащей процедуры» допустимости доказательств. Вновь возникает вопрос о том, применяются ли правила надлежащего субъекта и надлежащей процедуры к частным лицам. Из анализа уголовного кодекса ясно, что субъектом сбора доказательств являются участники досудебного производства – сотрудники органов расследования и следователи.

Последние собирают доказательства посредством следственных действий, а Уголовно-процессуальный кодекс устанавливает процессуальный порядок следственных действий. Однако частные лица имеют право не собирать доказательства, а представлять материалы и документы, которые орган, осуществляющий производство, может приложить к уголовному делу и придать им статус доказательств. Процессуальное законодательство не предусматривает

³ См.: Комментарии к Конституции РА 2015 г. Ереван, 2016. С. 28.

⁴ URL: <http://hetq.am/arm/news/9581/himnakan-iravunqneri-errordayin-gortsoxutyuny.html>

какой-либо процедуры сбора материалов и документов частными лицами, поэтому невозможно отнести их к нарушению какого-либо процессуального порядка.

Таким образом, правовая позиция Кассационного Суда РА применима к деятельности органов государственной власти, а не к частным лицам. Однако факты дела показывают, что тайная запись была произведена частным лицом, которое не действовало от имени государства. В этом отношении правовая позиция Кассационного Суда РА не ставит различия правомерности между тайными записями, произведенными государством, и частным лицом, поэтому данное обоснование подлежит пересмотру.

Правовые позиции, выраженные в постановлении Кассационного Суда РА от 11 апреля 2019 г.

Общие положения

Кассационный Суд РА отметил, что телефонные разговоры, произведенные частными лицами, не следует отождествлять с контролем над коммуникацией лица со стороны органов уголовного преследования в рамках уголовного судопроизводства, включая их осведомленность о записях, произведенных со стороны сотрудничающих лиц в рамках уголовного или другого официального расследования, а критерии, изложенные для них, автоматически применять к частному лицу, производящему запись телефонных разговоров.

То есть в отличие от частных лиц, действия которых не подлежат правовому регулированию и не могут быть квалифицированы как процессуальные действия, публичные участники уголовного процесса в рамках функции защиты общественных интересов могут ограничивать конфиденциальность телефонных разговоров лица только в случаях, предусмотренных законом, а также в порядке, предусмотренном законом и постановлением суда.

Указанные критерии приписываются органам государственной власти, которые в отличие от частных лиц компетентны выполнять только те действия, на осуществление которых уполномочены Конституцией или законами.

Таким образом, эти критерии предназначены для предотвращения возможных злоупотреблений со стороны органов государственной власти и защиты личной и семейной жизни лица от ненужного вмешательства⁵. Исходя из вышеизложенных правовых позиций, Кассационный Суд аргументировал, что при оценке возможности признания записи телефонного разговора, произведенного со стороны частного лица, в качестве доказательства и использования его в уголовном судопроизводстве, уголовно-процессуальное регулирование не должно толковаться чрезмерно формализованно. То есть запись телефонного разговора частным лицом сама по себе не должна рассматриваться как безусловное основание для исключения его использования в уголовном процессе. Другими словами, то обстоятельство, что запись была произведена

⁵ Подробнее см.: *Оганнисян Г., Гамбарян А., Саргсян А.* Допустимость использования тайной видеозаписи или аудиозаписи, сделанной частным лицом, в уголовном и гражданском процессах. Ереван, 2017 (на арм. яз.).

частным лицом, не может быть оценено как такое процессуальное нарушение, в отношении которого могут быть применены требования, предъявляемые к органам уголовного преследования, и которое безоговорочно будет свидетельствовать о неприемлемости.

Балансирующие факторы

В то же время Кассационный Суд установил следующие балансирующие факторы, которые правоохранительные органы должны будут оценить при решении вопроса допустимости использования в качестве доказательства записи телефонных разговоров, произведенных со стороны частного лица при определении фактических обстоятельств каждого дела:

– **Условия применения записи телефонного разговора.** Необходимо оценить те обстоятельства, при которых совершалась запись телефонного разговора. Решающее значение имеет тот факт, что лицо, разговаривающее по телефону, имело или могло иметь разумное легитимное ожидание конфиденциальности его личной жизни. То есть в зависимости от местонахождения лица (например, находиться в общественном месте или на частной территории), наличие в данной местности технического обслуживания (например, вести разговор под камерами), от цели звонка (например, вести разговор личного или делового характера инкогнито), от воли лица быть записанным (например, дать свое согласие или отказаться от записи) и исходя из других обстоятельств, свидетельствующих об использовании гарантий конфиденциальности частной жизни, необходимо выяснить могло ли лицо «требовать самоизоляции» или «разумно ожидать», что находится в поле регулирования частной жизни. При наличии условий легитимного ожидания указанных гарантий предметом обсуждения может стать только вопрос законности его ограничения.

– **Сущность вмешательства в права человека при записи телефонного разговора.** Для того чтобы оценить законность вмешательства в права человека путем записи телефонного разговора, важно выяснить объем прав, охватываемых тайной записью. В частности, следует уточнить, какое право было нарушено вмешательством посредством произведения записи, а именно: частной и семейной жизни, защиты личных данных, неприкосновенности чести и репутации или другие основные права, предусмотренные главой 2 Конституции РА.

– **Цели записи телефонного разговора.** При определении возможности использования записи телефонного разговора в качестве доказательства, произведенной частным лицом, нужно прежде всего оценить цель произведения записи. Таким образом, запись должна преследовать правомерную цель, а именно: защищать права и законные интересы лица, предотвращать противоправное поведение, раскрывать и защищать значимые частные интересы (“significant private interest”). В то же время следует отметить, что в качестве правомерного поведения можно рассмотреть также запись телефонного разговора, произведенную со стороны частного лица в качестве доказательства его невиновности. Другими словами, запись телефонного разговора может быть оправдана, если она предназначена для обеспечения правовой защиты лица.

– **Соотношение публичных и частных интересов.** При определении возможности использовать запись телефонного разговора, произведенного частным лицом, в качестве доказательства крайне важно оценить интересы, с одной стороны, право на неприкосновенность частной жизни лица, с которым поддерживается связь, а с другой – оценки соотношения общественного интереса к предупреждению и раскрытию преступлений.

В этом контексте Кассационный Суд считает необходимым подчеркнуть, что с точки зрения защиты общественных интересов необходимость защиты прав и законных интересов личности должна быть более важной по отношению к другим правам, а также подчеркнул необходимость вмешательства путем применения процедур, регулируемых законом. То есть необходимо выяснить, было ли выбранное средство – запись телефонного разговора – оправданным для предотвращения реальной угрозы и ее последствий, для нейтрализации или разоблачения и имело ли веское оправдание (“weighty justification”)? В связи с этим реализация защиты прав и законных интересов частного лица посредством записи телефонных разговоров, произведенной частным лицом в случаях реальной угрозы жизни, терроризма, вымогательства, захвата заложников, пыток, торговли людьми или другой подобной общественной опасности может быть существенной. В то же время при оценке соотношения конкурирующих интересов Кассационный Суд считает также важным, чтобы в контексте фактических обстоятельств дела имелось разумное отсутствие альтернатив для возможности достижения цели за счет меньшего вмешательства в права человека. Вместе с тем Кассационный Суд подчеркнул, что в случае законного ожидания полной конфиденциальности, когда речь идет о глубоко личной информации (например, интимного характера), вес защищаемых общественных интересов должен быть выше, оправдывая запись телефонного разговора в качестве крайней меры (last resort).

– **Мотивы записи телефонного разговора.** В связи с этим важно изучить мотивы записи телефонного разговора. В частности, необходимо определить, действовало ли лицо добросовестно или со злым умыслом во время записи телефонного разговора. Как таковые они подлежат оценке в соответствии с фактическими обстоятельствами каждого дела, проводя всестороннее и объективное исследование поведения лица, осуществляющего запись. Доказательством злого умысла может быть тот факт, что лицо намеренно записал телефонный разговор, обманув или злоупотребив доверием другого лица, разговор которого был записан, предоставив информацию, которая была отделена от основного содержания разговора и исказила объективную реальность. Лицо, осуществляющее запись, не должно способствовать формированию содержания телефонного разговора, провоцируя, мотивируя другое лицо выражать для него «благоприятную» информацию. В то же время такое нарушение целостности представленной записи, ее монтаж или редактирование, которое может исказить содержание разговора, может также указать на злой умысел лица, осуществляющего запись.

– **Субъект записи телефонного разговора.** При оценке возможности использования записи в качестве доказательства правоприменитель должен также обратить внимание на то обстоятельство, кто ее совершил: непосредствен-

ный участник телефонного разговора или третье лицо. В последнем случае запись телефонного разговора в качестве исключительной меры может быть оправдана важностью публичного интереса, предмета правовой защиты.

– **Запись телефонных разговоров во время уголовного процесса.** При принятии решения об использовании записи телефонного разговора, произведенной частным лицом в качестве доказательства, существенным значением является то обстоятельство, была ли запись произведена до начала уголовного процесса или после. В условиях действующей уголовно-процессуальной модели орган уголовного преследования играет важную роль в сборе доказательств в уголовном процессе и наделен соответствующими уголовно-процессуальным инструментарием и государственно-властными полномочиями, уполномочен ограничивать право лица на тайную корреспонденцию с целью выявления обстоятельств, имеющих существенное значение для решения дела. Следовательно, запись телефонного разговора в одном деле не должна использоваться как доказательство виновности в другом. Оценивая указанное, существенное значение может иметь также и возможная инициатива лица, осуществляющего запись. В частности, нужно уточнить, происходил ли разговор в результате активных, заранее запланированных, действий лица, осуществляющего запись, или с минимальными разумными усилиями. В то же время при определении возможности использования записи телефонного разговора в ходе уголовного разбирательства с точки зрения конкурирующих интересов может иметь первостепенное значение оценка продолжающегося преследования прав лица, осуществляющего запись.

Таким образом, Кассационный Суд РА, основываясь на существующем научном анализе, пересмотрел и доработал правовую позицию, выраженную в постановлении, вынесенном по делу № ЕКД/0081/01/11, и установил в новом деле, что предоставление осуществляющему уголовное производство органу записи телефонного разговора, произведенной частным лицом, может быть признано доказательством, подлежать правовой оценке и служить основанием для других уголовно-процессуальных действий.

Российско-Армянский университет

Гамбарян А. С., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории права и конституционного права

Бегларян К. С., преподаватель кафедры теории права и конституционного права

Russian-Armenian University

*Ghambaryan A. S., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Theory of Law and Constitutional Law Department
E-mail: artur.ghambaryan@gmail.com*

*Beglaryan K. S., Lecturer of the Theory of Law and Constitutional Law Department
E-mail: kristi0510@rambler.ru*

СОЕДИНЕНИЕ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ: АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РАССЛЕДОВАНИЯ ДОЛЖНОСТНОГО ПОДКУПА

Статья посвящена вопросам применения института соединения дел, имеющих общий предмет доказывания, в уголовном процессе на примере расследования преступлений о должностном подкупе. В целях совершенствования действующего законодательства и формирования единой правоприменительной практики предлагаются изменения в УПК РФ.

К л ю ч е в ы е с л о в а: уголовное дело, институт соединения уголовных дел, правоприменительная практика, уголовное расследование, должностной подкуп.

COMBINING CRIMINAL CASES: ACTUAL ISSUES IN INVESTIGATING BRIBERY

The article is devoted to the application of the institution of combining cases that have a common subject of evidence in criminal proceedings using the example of investigation of crimes of official bribery. In order to improve the current legislation and form a unified law enforcement practice, amendments to the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation are proposed.

К e y w o r d s: criminal case, institute for combining criminal cases, law enforcement practice, criminal investigation, official bribery.

Поступила в редакцию 8 сентября 2020 г.

Институт соединения уголовных дел в уголовно-процессуальном праве является одним из наиболее недооцененных как со стороны правоприменителей, так и с точки зрения теории права.

Осуществляя правовое регулирование данного вопроса, законодатель ограничился закреплением в УПК РФ одной нормы права (ст. 153)¹, в которой весьма лаконично перечислил все основания для совершения соответствующего процессуального действия.

В качестве оснований для соединения уголовных дел ст. 153 УПК РФ закрепляет:

- 1) совершение одного или нескольких преступлений двумя или более лицами в соучастии;
- 2) совершение одним лицом нескольких преступлений;
- 3) совершение лицом заранее не обещанного укрывательства преступления, расследуемого по этому уголовному делу.

Очевидно, что в основу ст. 153 УПК РФ законодателем положено наличие по нескольким уголовным делам, подлежащим соединению, общих обстоятельств, входящих в предмет доказывания (ст. 73 УПК РФ).

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

© Гриценко Д. В., 2020

Вместе с тем закрепление в ст. 153 УПК РФ перечня оснований для соединения уголовных дел, не подлежащего расширенному толкованию, существенно и необоснованно ограничило руководителя следственного органа (начальника подразделения дознания) в возможности соединения уголовных дел с общим предметом доказывания, что повлекло за собой не только дублирование разными следователями (дознавателями) одних и тех же следственных действий, повлекшее за собой увеличение нагрузки на судебную систему, но и способствовало формированию правоприменительной практики, не в полной мере основанной на нормах материального права.

Например, причинение двумя лицами друг другу телесных повреждений в ходе обоюдной драки не может, в силу требований ст. 32 УК РФ², рассматриваться как преступление, совершенное в соучастии, а подлежит расследованию как два уголовных дела, оснований для соединения которых в одно производство уголовно-процессуальный закон не предусматривает.

Однако наиболее показательным примером несовершенства уголовно-процессуального законодательства в части регулирования вопроса соединения уголовных дел в одно производство является сформировавшаяся правоприменительная практика расследования уголовных дел коррупционной направленности.

Действующим уголовным законодательством установлена уголовная ответственность как за активный (ст. 291 УК РФ), так и пассивный (ст. 290 УК РФ) подкуп, что подразумевает привлечение к уголовной ответственности лиц, совершивших дачу и получение взятки. При этом поскольку дача и получение одной и той же взятки совершаются разными лицами, действия которых не могут рассматриваться как соучастие в преступлении, то дача взятки и ее получение рассматриваются уголовно-процессуальным законом в качестве двух самостоятельных преступлений, подлежащих расследованию в рамках разных уголовных дел.

Наличие общего предмета доказывания в данном случае не вызывает никаких сомнений. Так, размер взятки является общим как для взяткодателя, так и для взяткополучателя, а следовательно, осуждение одного из этих лиц за совершение соответствующего преступления в крупном размере исключает иную трактовку размера взятки для другого лица.

Таким образом, расследование обстоятельств одной и той же взятки в рамках разных уголовных дел неизбежно повлечет за собой вынесение судебного решения, фактически имеющего преюдицию в вопросе квалификации действия лица, в отношении которого уголовное дело по существу не рассматривалось, что нельзя признать соответствующим требованиям ст. 49 Конституции РФ, гарантирующей каждому презумпцию невиновности³.

Кроме того, расследование в рамках разных уголовных дел обстоятельств, связанных с дачей и получением одной и той же взятки, повлекло за собой

² Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

не верное разъяснение в вопросе квалификации действий участников подкупа (активного и пассивного) высшей судебной инстанцией.

Разъясняя положения ст. 290, 291 УК РФ, Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении от 9 июля 2013 г. № 24⁴ указал, что под получением взятки понимается передача должностному лицу денежного вознаграждения (а также получение им иной материальной выгоды) в связи с совершением им действий (бездействия), входящих в его полномочия.

Таким образом, получение должностным лицом денежного вознаграждения за совершение действий (бездействия), входящих в полномочия другого должностного лица (при отсутствии сговора между указанными лицами на совершение преступления), не может рассматриваться в качестве получения взятки и должно квалифицироваться по ст. 159 УК РФ как мошенничество, совершенное с использованием служебного положения.

В то же время, согласно правовой позиции Верховного Суда РФ, нашедшей свое отражение в вышеуказанном постановлении Пленума, действия гражданина, передавшего денежное вознаграждение должностному лицу за совершение действий (бездействия), которые входят в полномочия другого должностного лица, должны быть квалифицированы как дача взятки.

В правоприменительной практике часто встречаются ситуации, когда денежное вознаграждение за решение вопроса о смягчении предъявленного обвинения или изменении меры пресечения (относящего к полномочиями лица, в производстве которого находится уголовное дело) получает должностное лицо, не наделенное правом расследования уголовных дел (оперуполномоченный).

Исходя из вышеуказанных разъяснений высшей судебной инстанции в данном случае действия активного участника подкупа подлежат квалификации по ст. 291 УК РФ как дача взятки, а пассивного – по ст. 159 УК РФ как мошенничество, совершенное с использованием служебного положения.

Подобная квалификация вызывает ряд вопросов, первый из которых касается определения правового статуса объекта подкупа (как правило, денежных средств). Предложенная Верховным Судом РФ правовая оценка действий участников подкупа подразумевает, что в рамках расследования уголовного дела о даче взятки (в отношении активного участника) данные денежные средства будут являться предметом взятки и подлежат конфискации в доход государства, а в рамках расследования уголовного дела по факту мошенничества (в отношении пассивного участника подкупа) те же самые денежные средства будут являться похищенным имуществом и соответственно подлежат возврату владельцу, являющемуся по другому уголовному делу взяткодателем.

Другим вопросом, возникающим в ходе применения вышеуказанных разъяснений судебной инстанции, являются противоречия в юридической оценке действий участников одного и того же подкупа по принципиально разным статьям УК РФ. Вряд ли можно признать в полной мере обоснованной ситуацию,

⁴ О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2013 г. № 24. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

в которой действия активного участника подкупа квалифицируются как преступление коррупционной направленности (ст. 291 УК РФ), а пассивного – как преступление против собственности (ст. 159 УК РФ).

Наконец, третьим вопросом, с которыми столкнулись правоприменители в данной ситуации, является возможность совмещения одним и тем же лицом, в связи с совершением одних и тех же действий, двух различных правовых статусов. В рамках расследования уголовного дела о даче взятки пассивный участник подкупа имеет правовой статус обвиняемого/подозреваемого (поскольку является лицом, совершившим дачу взятки), а по уголовному делу по факту мошенничества в отношении активного участника подкупа – потерпевшим (поскольку является лицом, чье имущество было похищено активным участникам подкупа).

Сложившаяся ситуация не только не в полной мере соответствует нормам уголовного права, но и имеет явные логические изъяны, устранение которых возможно только посредством дополнительного разъяснения Верховного Суда РФ.

Однако, поскольку расследование, а соответственно и рассмотрение по существу уголовных дел в отношении активного и пассивного участников одного и того же подкупа осуществляется в рамках разных уголовных дел (как правило, разными судьями), указанные вопросы не подлежат разрешению в рамках одного судебного заседания, а следовательно, не получают никакой оценки со стороны судов первой и последующих инстанций, что исключает возможность вмешательства в данную правовую коллизию Верховного Суда РФ.

Таким образом, единственным способом устранения разрешения проблематики является изменение действующего уголовно-процессуального законодательства путем включения в перечень оснований для соединения уголовных дел (ст. 153 УК РФ) совершение несколькими лицами одного должностного подкупа, что не только позволит сократить временные затраты на расследование обстоятельств совершения преступлений, имеющих общий предмет доказывания, но и будет способствовать формированию единой судебной практики в отношении как пассивного, так и активного участника подкупа.

*Воронежский государственный университет
Гриценко Д. В., кандидат юридических наук, преподаватель кафедры
уголовного процесса*

*Voronezh State University
Gritsenko D. V., Candidate of Legal Sciences, Lecturer
of the Criminal Process Department
E-mail: D.V.G.84@yandex.ru*

СУБЪЕКТИВНЫЙ ФАКТОР В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Анализируется роль субъективного фактора в уголовном процессе. Перечисляются признаки понятия, к числу которых относятся: деятельность как содержание субъективного фактора, ее нацеленность на возникновение, изменение или прекращение правоотношений, существование в системе общественных отношений, субъектный состав применительно к сфере уголовного судопроизводства. Предлагается авторское определение субъективного фактора в уголовном процессе как осознанной деятельности профессиональных участников уголовного судопроизводства, направленной на возникновение, изменение либо прекращение уголовно-процессуальных правоотношений. Приводятся примеры действия субъективного фактора в типичных процессуальных ситуациях в ходе расследования, рассмотрения и разрешения уголовных дел.

К л ю ч е в ы е с л о в а: уголовный процесс, субъективный фактор, цель, правоотношение, субъект уголовного судопроизводства.

THE SUBJECTIVE FACTOR IN THE CRIMINAL PROCEDURE

The role of a subjective factor in criminal procedure is analyzed in the article. Signs of a concept such as the activity as the maintenance of a subjective factor, its aiming at emergence, change or the termination of legal relationship, existence in the system of the public relations, subject structure in relation to the sphere of criminal procedure are listed. Author's definition of a subjective factor in criminal procedure as the conscious activity of professional participants of criminal trial directed to emergence, change or the termination of criminal procedure legal relationship is offered. Examples of action of a subjective factor in typical procedural situations during the investigation, considerations and permissions of criminal cases are given.

K e y w o r d s: criminal procedure, subjective factor, purpose, legal relationship, subject of criminal procedure.

Поступила в редакцию 5 сентября 2020 г.

Уголовно-процессуальную деятельность осуществляют участники уголовного судопроизводства – физические лица, субъекты. Понятие «субъект» раскрывает философия. Субъект определяется как индивид, познающий внешний мир и воздействующий на него своей практической деятельностью. В свою очередь, познание внешнего мира составляет основу уголовно-процессуальной деятельности. Довольно часто в ходе производства по уголовным делам закон предоставляет правоприменителю право выбора и придает юридическое значение его мнению. Соответственно мнение и выбор субъекта оказывают влияние на развитие той или иной процессуальной ситуации. В подобных случаях следует говорить о влиянии субъективного фактора.

Данная категория периодически упоминается в научных работах. К примеру, П. А. Лупинская отмечала влияние субъективных факторов на принятие решения в уголовном процессе, указывала на важность реального поведения и свойств лиц, выполняющих процессуальные функции, обращала внимание на

детерминированность решения индивидуальными качествами лица, его принимающего, в том числе общим и специальным образованием данного субъекта, опытом работы, правосознанием, правовой культурой, индивидуально-психологическими особенностями¹. «Ни один субъект права, – как верно пишут В. В. Денисенко и М. А. Беляев, – не функционирует как гипотетическая *tabula rasa*, ситуации принятия решения предшествует длинная и многообразная жизнь, в ходе которой личность уже сформировала и набор предпочтений, и оценочные стереотипы, и собственные, не осознаваемые до конца, мифологемы»². Все эти факторы оказывают влияние на интерпретацию уголовно-процессуального закона, на принимаемые правоприменителем решения. Их необходимо выявлять и учитывать.

Применительно к осуществлению правосудия И. Б. Михайловская заметила, что закон не в состоянии дать полный алгоритм деятельности судьи, формализовать всё разнообразие фактических обстоятельств, ситуаций и т. п. и соотнести их с характером принимаемых решений. В связи с этим важное значение имеют нравственные качества судей³. Абсолютно справедливым это утверждение является и в отношении иных профессиональных участников уголовного процесса. Влияние административно-управленческих полномочий на мотивацию принимаемых решений, реализация положений о независимости и беспристрастности судьи, действие факторов психологического характера⁴ в процессуальной деятельности – все это примеры проявления субъективного начала в уголовном судопроизводстве. Однако вопрос об определении субъективного фактора в работах, посвященных этим проблемам, не ставится.

Между тем если обратиться к толкованию слов «субъективный» и «фактор», то синтезировав их значение, можно сделать вывод об универсальном содержании исследуемого понятия.

Толковый словарь русского языка С. И. Ожегова и Н. Ю. Шведовой предлагает существительное «фактор» понимать как «момент, существенное обстоятельство в каком-нибудь процессе, явлении»⁵. Прилагательное «субъективный» объясняется как «присущий только данному субъекту, лицу»⁶, указывает на связь с человеком. Исходя из этого, «субъективный фактор» возможно определить как относящееся к лицу существенное обстоятельство в сложном процессе или явлении. При этом существенным будет обстоятельство, имеющее особое значение; именно оно оказывает влияние на развитие и исход конкретной ситуации.

Следует отметить сложность процесса или явления, в котором проявляется субъективный фактор. В полной мере это относится к уголовному судопроиз-

¹ См.: *Лупинская П. А.* Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика. М., 2010. С. 34–35.

² Эффективность правового регулирования / под общ. ред. А. В. Полякова, В. В. Денисенко, М. А. Беляева. М., 2017. С. 8.

³ См.: *Михайловская И. Б.* Роль субъективного фактора в осуществлении правосудия // *Lex Russica*. Научные труды МГЮА. 2010. № 3. С. 589.

⁴ См.: Там же. С. 589–604.

⁵ *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений. 4-е изд., доп. М., 2004. С. 777.

⁶ Там же. С. 847.

водству как переплетению действий и отношений государственно-властных субъектов между собой, с гражданами и организациями в связи с выявлением и раскрытием преступления, расследованием, рассмотрением и разрешением уголовного дела по существу. Сложность уголовно-процессуальной деятельности отражается в ее структуре, которая представляет собой «взаимообусловленную совокупность связей деятельности всех участников уголовного процесса.., которые выполняют различную роль в уголовном процессе и имеют различное специальное назначение в достижении цели уголовного процесса, реализующее его сущность»⁷. Обусловленное личностью обстоятельство в этом процессе является существенным, важным, тем более что с правосудием по уголовным делам связано представление о таких высоконравственных категориях, как справедливость, правдивость, честность, гуманизм.

Теория факторов как «социологическая концепция о множественности факторов (причин или условий), определяющих общественную жизнь»⁸, объясняет важность в обществе разнообразных причинных явлений – экономики, науки, техники, морали и др., и указывает на необходимость как их изолированного анализа, так и выявления и изучения их взаимосвязи и взаимовлияния. Определяя «фактор» как причину или условие, концепция делает акцент на системном подходе к изучению общественного развития. Обособленное исследование субъективного фактора в уголовном процессе без учета объективных условий деятельности правоприменителя существенно затруднит изучение его сущности и роли. Было бы методологической ошибкой не принимать в расчет реальные процессы общественной жизни, взаимодействие внутри системы субъектов уголовного судопроизводства, оказывающее влияние на принимаемые в ходе производства по уголовному делу решения, и их элементы. Формы воздействия (экспансии) людей, групп, социальных институтов друг на друга в самом общем виде обозначают как социальные факторы⁹.

В философии категория «субъективный фактор» определяется и используется в нескольких вариациях в зависимости от контекста. В. Ф. Кузьмин, стремясь выявить новые оттенки в значении категории «субъективное», включает в понятие «субъективный фактор» практическую преобразующую деятельность людей, направленную на изменение существующих общественных отношений¹⁰. Н. И. Тимошин под субъективным фактором понимает осознанную разумную целесообразную деятельность субъектов отношений по направлению объективного общественного процесса в русло оптимизации развития общества¹¹. При этом в рассуждениях подчеркивается, что в общественных отношениях активная субъективная деятельность детерминирует объективные

⁷ Макарова З. В. Понятие и структура уголовно-процессуальной деятельности // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». 2017. Т. 17, № 2. С. 33.

⁸ Кузьмин В. Ф. Объективное и субъективное (анализ процесса познания). М., 1976. С. 357–358.

⁹ См.: Михалкин Н. В., Черкашина И. Л. Методологическая культура судьи (некоторые аспекты деятельности : правопонимание, правотолкование, правоприменение) : учеб.-метод. пособие. М., 2014. С. 128.

¹⁰ См.: Кузьмин В. Ф. Указ. соч. С. 15.

¹¹ См.: Тимошин Н. И. Субъективное и объективное в обществе. Самара, 2010. С. 118.

общественные условия; именно активизация субъективной деятельности способствует совершенствованию всей системы общественных отношений¹². Авторы сходятся во мнениях о том, что субъективный фактор необходимо определять, как целенаправленную деятельность человека, субъекта.

Однако есть и другая позиция. С точки зрения И. А. Галяс, субъективный фактор есть «лидер.., деятельность которого детерминирована как объективными нестандартными условиями транзитивности, так и его сознанием, ценностными ориентирами»¹³. Хотя ученый и указывает прямо на субъект, тем не менее отсылка к его деятельности свидетельствует об активном поведении, участии в общественных отношениях.

Каким бы ни был подход к выявлению сущности категории, прежде всего, субъективный фактор определяется как существенное обстоятельство, причина либо условие возникновения, изменения или прекращения общественных отношений. В философских работах данное обстоятельство конкретизируется. Под ним понимается деятельность человека. Понятием «деятельность» охватываются «формы человеческой активности, регулируемой сознанием»¹⁴; активное взаимодействие человека с окружающей действительностью. В сфере уголовного судопроизводства существенным обстоятельством, причиной или условием изменения правоотношений, в первую очередь, следует считать деятельность следователя, дознавателя, прокурора, судьи – участников, уполномоченных вести производство по уголовному делу, расследовать, рассматривать и разрешать его по существу. В то же время не нужно сбрасывать со счетов деятельность еще одного профессионального участника уголовного судопроизводства – адвоката-защитника, наделенного широким кругом прав, включая закрепленное ст. 86 УПК РФ право собирать доказательства. Тем самым проявляются два сущностных признака понятия «субъективный фактор»: деятельность как его содержание и субъектный состав применительно к сфере уголовного судопроизводства, детерминирующий «субъективность» самого фактора, указывающий на связь с сознанием человека, который имеет определенный процессуально-правовой статус.

Деятельность, через которую выражается субъективный фактор, является целенаправленной. Она осуществляется с намерением изменить существующие общественные отношения, модернизировать и/или оптимизировать их. Деятельность субъекта определяется его установкой на логику целерациональности, а также ориентиром на преобразование окружающей его социальной действительности. При производстве по делам о преступлениях можно говорить о целенаправленности деятельности субъектов с точки зрения выполнения назначения уголовного судопроизводства в целом, которое законодательно определяется как защита прав и интересов лиц и организаций, потерпевших от преступления, одновременно с защитой личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения и ограничения прав и свобод. Можно также го-

¹² См.: Там же. С. 117.

¹³ Галяс И. А. Историческая миссия субъективного фактора // Парадигмы истории и общественного развития. 2016. Вып. 1. С. 10.

¹⁴ Социальная философия : словарь / сост. и ред. В. Е. Кемеров. 2-е изд., испр. и доп. М., 2006. С. 126.

ворить о целях деятельности каждого из субъектов сообразно выполняемой им процессуальной функции: уголовного преследования или обвинения, защиты от него и разрешения уголовного дела. В дополнение к этому и в контексте анализа понятия «субъективный фактор» не следует забывать о влиянии на формирование целеполагания, в первую очередь участников уголовного процесса, в производстве которых находится уголовное дело, уголовно-процессуальной и уголовно-правовой политики как направлений уголовной политики государства в целом¹⁵, индивидуального понимания служебного долга и узковедомственных интересов, «непроцессуальных отношений» с руководством внутри органа дознания, следственного или судебного органа и т. д.

Наконец, субъективный фактор – это деятельность в сложном процессе или явлении, в системе общественных отношений. Жизнь общества может быть описана как система человеческих деятельностей и отношений, сменяющих и дополняющих друг друга, связанных друг с другом и зависимых друг от друга, рассредоточенных во времени и в пространстве. В свете этого единичное действие перестает казаться простым, элементарным. Оно обнаруживает свою многомерность, вовлеченность в систему иных действий, объединенных общей целью. Сложность этого процесса весьма органично транспонируется на процесс производства по уголовным делам. Каждый из субъектов уголовно-процессуальной деятельности вступает в сложную систему урегулированных законом правоотношений как внутри ведомства, так и с иными государственными органами, гражданами и юридическими лицами.

Учитывая приведенные рассуждения, субъективный фактор в уголовном процессе необходимо понимать как осознанную деятельность профессиональных участников уголовного судопроизводства, направленную на возникновение, изменение либо прекращение уголовно-процессуальных правоотношений.

Особый интерес для нашего исследования представляют те действия и решения в структуре уголовно-процессуальной деятельности, которые совершаются и принимаются следователем, дознавателем, прокурором, судьей по их усмотрению, руководствуясь внутренним убеждением, что сопряжено с выбором решения из числа нескольких допустимых.

На внутреннее убеждение законодатель указывает в ст. 17 УПК РФ, которая закрепляет принцип свободы оценки доказательств: судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью.

Проблемы внутреннего судейского убеждения являются предметом внимания ученых со времен Устава уголовного судопроизводства 1864 г., который назвал его в числе принципов уголовного судопроизводства. Процессуалисты –

¹⁵ См.: Александров А. И., Мельник Е. А. Проблемы уголовно-процессуальной политики на современном этапе // Уголовное производство : процессуальная теория и криминалистическая практика : материалы V Междунар. науч.-практ. конф. (27–29 апреля 2017 г., г. Симферополь–Алушта) / отв. ред. М. А. Михайлов, Т. В. Омельченко. Симферополь, 2017. С. 5.

современники Устава отмечали, что внутренне судейское убеждение вытекает из объективных оснований, порождающих в судье субъективную уверенность в отношении действительности, и значения тех фактов, которые были исследованы в ходе уголовного судопроизводства. При этом внутреннее убеждение может быть положено в основу приговора, если только доказательства «выяснились на уголовном суде с соблюдением предписанных на этот предмет правил»¹⁶.

Ученые, обращавшиеся к проблеме формирования внутреннего убеждения участников уголовного судопроизводства, определяли его как уверенность в правильности выводов об обстоятельствах преступления, установленных при помощи доказательств. Так, М. С. Строгович под внутренним убеждением понимал деятельность разума и достигаемую в результате этой деятельности уверенность в правильности вывода, подчеркивая, что внутреннее убеждение не является иррациональным, неосознанным либо произвольным¹⁷. Отмечая, что внутреннее убеждение – это понятие очень емкое, имеющее различные стороны и аспекты, М. С. Строгович рассматривал его с юридической стороны как основу для оценки доказательств; с психологической стороны, поскольку внутреннее убеждение представляет собой определенное состояние сознания, характеризующееся чувством уверенности, отсутствием сомнений, а также в моральном аспекте в связи с тем, что внутренне убеждение предполагает разрешение дела по совести¹⁸.

Характеризуя внутреннее убеждение как результат оценки доказательств, А. В. Победкин указывает, что оно означает «уверенность следователя, судей в правильности выводов, к которым они пришли в ходе уголовно-процессуального доказывания»¹⁹. Подобным образом понимает внутреннее убеждение и Е. В. Брянская – как полную уверенность субъекта оценки доказательств относительно достоверности полученных сведений²⁰. С. В. Бурмагин, анализируя ту же категорию, говорит об убежденности в доброкачественности доказательств и их достаточности для принятия решения, в истинности установленных фактов, в правильности и обоснованности сделанных на их основе выводов, в верном выборе подлежащей применению правовой нормы²¹.

Внутреннее убеждение в науке рассматривается и как метод оценки доказательств²²: доказательства оцениваются субъектом доказывания по реально присущим им свойствам, определяется их характер и значение по делу²³. Тем не менее результатом применения данного метода оценки доказательств бу-

¹⁶ Случевский В. К. Учебник русского уголовного процесса. Ч. 2 : Судопроизводство / под ред. В. А. Томсинова. М., 2008. С. 111.

¹⁷ См.: Проблемы судебной этики / под ред. М. С. Строговича. М., 1974. С. 50.

¹⁸ См.: Там же. С. 48–49.

¹⁹ Победкин А. В. Уголовно-процессуальное доказывание. М., 2009. С. 211.

²⁰ См.: Брянская Е. В. Универсальность внутреннего убеждения как метода и итога оценки доказательств по уголовному делу // Глаголь правосудия. 2016. № 2. С. 53.

²¹ См.: Бурмагин С. В. Соответствие приговора внутреннему убеждению судьи // Сибирские уголовно-процессуальные и криминалистические чтения. 2017. № 1. С. 15.

²² См., например: Брянская Е. В. Указ. соч. С. 48–55 ; Левченко О. В. Внутреннее убеждение как метод оценки доказательств в уголовном судопроизводстве // Вестник Волжского ун-та имени В. Н. Татищева. 2013. № 2. С. 87–91 ; Победкин А. В. Указ. соч.

²³ См.: Зинатуллин З. З., Егорова Т. З., Зинатуллин Т. З. Уголовно-процессуальное доказывание : концептуальные основы. Ижевск, 2002. С. 130.

дет уверенность в правильности выводов об обстоятельствах, основанная на доказательствах и сформированная в рамках законно установленной процедуры уголовно-процессуального доказывания.

Не вдаваясь в вопрос о том, что необходимо включать в «объем» внутреннего убеждения (только лишь выводы о соответствии доказательств присущим им свойствам и о правильности сделанных на их основе умозаключений об обстоятельствах преступления и виновности подсудимого в его совершении или же именно внутреннее убеждение должно быть сформировано и относительно квалификации деяния, а также назначаемого наказания), отметим связь убежденности субъекта доказывания в правильности своих выводов и его деятельности. П. А. Лупинская совершенно верно указала, что «внутреннее убеждение как итог оценки доказательств(а) означает знание, веру в правильность этого знания и волевой стимул, побуждающий к определенным практическим действиям»²⁴. Таким образом, формирование внутреннего убеждения предваряет деятельность участников уголовного судопроизводства, направленную на возникновение, изменение или прекращение существующих уголовно-процессуальных отношений, которую мы обозначаем как субъективный фактор. Внутреннее убеждение является своего рода «предтечей» для действий и решений следователя, дознавателя, прокурора, судьи, в силу которых правоотношения возникают, изменяются либо прекращаются.

Однако возникает вопрос, всегда ли решение принимается исключительно на основании уверенности в правильности выводов об обстоятельствах уголовного дела? Думается, что нет. Мы уже указывали на формирование целеполагания как отличительную черту такого явления, как субъективный фактор. Именно цель субъекта уголовно-процессуальной деятельности в конкретной процессуальной ситуации может входить в противоречие с его внутренним убеждением. Отказывая в удовлетворении ходатайства о прекращении уголовного дела за примирением сторон и направляя это дело с обвинительным заключением прокурору, следователь руководствуется не выводом, к примеру о вынужденности примирения, а будущими статистическими показателями. Или же имея полностью сформированное убеждение о виновности обвиняемого в совершении преступления и собрав «по горячим следам» в первые дни предварительного следствия доказательства, необходимые и достаточные для установления обстоятельств, которые составляют предмет доказывания, следователь, как правило, не торопится оперативно направить уголовное дело с обвинительным заключением прокурору, а дожидается истечения двухмесячного срока, определенного законом. Причиной тому является желание «отсрочить» распределение ему в производство нового уголовного дела или дел. В приведенных примерах ярко видна роль именно субъективного фактора, а не законодательных механизмов или объективных жизненных обстоятельств. Применительно к такого рода ситуациям Л. А. Воскобитова указывает на сложившиеся технологии реализации предписаний закона в практике уголовного судопроизводства, которые оказываются значительно шире, чем сами предписания закона²⁵.

²⁴ Лупинская П. А. Указ. соч. С. 173.

²⁵ См.: Воскобитова Л. А. Уголовное судопроизводство как социальная технология // Философские науки. 2014. № 10. С. 41.

В теории часто поднимается вопрос об обеспечении должной самостоятельности следователя в его деятельности в ходе производства по уголовному делу при решении задач предварительного расследования. Сам законодатель в п. 3 ч. 2 ст. 38 УПК РФ закрепляет, что следователь уполномочен направлять ход расследования, принимать решение о производстве следственных и иных процессуальных действий. Подобные решения следователь принимает самостоятельно. Исключения составляют случаи, когда требуется судебная санкция или согласие руководителя следственного органа. Однако в реальности следователь оказывается в системе жесткой иерархии стоящих над ним руководителей, обязывающих его согласовывать все принимаемые решения и совершаемые действия с ними при наличии у них широких возможностей для неофициального контроля и руководства. Наблюдаем ограничение действия субъективного фактора как усмотрения следователя в ходе расследования уголовного дела, находящегося у него в производстве, в отношениях «власти-подчинения» другим субъективным фактором, в основе которого также должно находиться сформированное на основе материалов уголовного дела внутреннее убеждение, уверенность в правильности своих выводов.

Проявление субъективного фактора в уголовном процессе видится и в стремлении получить ходатайство обвиняемого о рассмотрении его уголовного дела в порядке, предусмотренном главой 40 УПК РФ, что позволяет избежать состязательного судебного следствия и критики защитой явно недостаточных и спорных доказательств. Это стало одной из причин сокращения категорий дел, рассмотрение которых возможно по данным правилам²⁶. Статистика неумолима – в особом порядке рассматривается и разрешается 60–75 % уголовных дел. Роль субъективного фактора можно проследить не только на этапе разъяснения обвиняемому следователем, дознавателем права на рассмотрение его уголовного дела в особом порядке, но и на этапе проверки судьей соблюдения требований и условий, предъявляемых УПК РФ к этому порядку рассмотрения уголовных дел. Одним из условий является обоснованность обвинения, с которым соглашается подсудимый, и подтверждение его доказательствами, собранными по уголовному делу (ч. 7 ст. 316 УПК РФ). Такой вывод может быть сделан судьей исключительно при анализе материалов уголовного дела в ходе подготовки к судебному заседанию. Другого варианта нет, поскольку в самом судебном заседании, в ходе судебного следствия доказательства не исследуются. Тщательность изучения собранных доказательств или поверхностное ознакомление с ними по большей части на основании обвинительного заключения – тоже проявление субъективного фактора. Л. Т. Ульянова совершенно справедливо отмечает, что только высокий профессионализм и нравственные устои побуждают судей, несмотря на признание подсудимым своей вины, тщательно исследовать материалы, предоставленные предварительным расследованием, и сформировать внутреннее убеждение о виновности подсудимого или усомниться в том, что обвинение, с которым согласился подсудимый, обоснованно²⁷.

²⁶ О внесении изменений в статьи 314 и 316 УПК РФ : федер. закон от 20 июля 2020 г. № 224 ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁷ См.: Ульянова Л. Т. Эволюция института оценки доказательств по внутреннему убеждению в уголовном процессе России // Вестник Моск. ун-та. Серия 11, Право. 2015. № 1. С. 42–43.

Случаи прекращения особого порядка судебного разбирательства и назначения рассмотрения уголовного дела в общем порядке в связи с сомнениями судьи в обоснованности и доказанности обвинения единичны. Объяснение этого высоким качеством предварительного расследования вызывает обоснованные сомнения. Более того, в практике известны решения об отмене приговоров, постановленных в особом порядке, именно в связи с необоснованностью обвинения, несмотря на то, что подсудимый его признал.

Так, в кассационном порядке был отменен приговор суда первой инстанции в отношении Желтова с направлением уголовного дела на новое рассмотрение со стадии судебного разбирательства. Принимая такое решение, суд указал, что из содержания обвинительного заключения и приведенных в нем доказательств следует, что Желтов обвинялся в совершении хищения велосипеда стоимостью 7200 руб., принадлежащего его матери Желтовой и переданного ему во временное пользование, что было признано для потерпевшей значительным материальным ущербом. Органом следствия действия Желтова квалифицированы по ч. 2 ст. 160 УК РФ как растрата, совершенная с причинением значительного ущерба гражданину. Однако обоснованность предъявленного Желтову обвинения, включая подлежащие доказыванию обязательные признаки объективной стороны указанного состава преступления, мотив, цель, обоснованность признания имущества чужим, значительность причиненного материального ущерба, а также инкриминируемого способа хищения в форме растраты вверенного имущества, остались без внимания и должной оценки со стороны суда. Кроме того, орган следствия, указывая в обвинении на то, что Желтов совершил растрату и истратил вверенный ему велосипед, применил противоречивую юридическую конструкцию обвинения, поскольку используемые понятия и термины не согласованы с установленными фактическими обстоятельствами дела и предметом доказывания с позиций положений, указанных в ч. 2 ст. 160 УК РФ²⁸.

Интересным и показательным является пример из практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ.

Кассационная инстанция своим определением отменила все принятые ранее судебные решения в отношении Григорьева и передала уголовное дела на новое судебное рассмотрение в суд первой инстанции, указав при этом, что Григорьев в особом порядке судебного разбирательства был признан виновным в том, что являясь слесарем-сантехником, при установке счетчика горячей воды и купленного им на деньги потерпевших кран-фильтра в квартире, ненадлежащим образом исполняя свои профессиональные обязанности, не убедившись в надлежащем качестве кран-фильтра, не заделал неплотности вокруг проходящего перекрытия трубопровода и не обеспечил установку его дополнительного крепления, что впоследствии привело к разрушению муфты указанного крана, поступлению горячей воды под давлением в квартиру и смерти проживавших там лиц от термических ожогов. Данным приговором Григорьев был осужден по ч. 3 ст. 109 УК РФ. Проверив материалы уголовного дела в кассационном порядке, суд пришел к выводу, что проведенной по делу металловедческой судебной экспертизой точная причина произошедшей аварии не установлена. По мнению эксперта, поломка кран-фильтра могла быть обусловлена как ненадлежащим монтажом водопроводной трубы, вызвавшим дополнительные растягивающие напряжения в резьбовой части муфты крана, так и несоответствием материала, из которого он был изготовлен, требова-

²⁸ Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Карелия от 31 января 2013 г. по делу № 22-195/13. URL: http://vs.kar.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=4342 (дата обращения: 28.01.2020).

ниям ГОСТа. Необходимость выполнения осужденным дополнительного укрепления трубопровода не вытекала из положений СНиПов и «эксплуатационного договора» обслуживающей организации – работодателя Григорьева. Кроме того, суд первой инстанции не учел прошедший с момента установки арматуры длительный срок – более двух лет. Учитывая всё это, кассационная инстанция сделала вывод о том, что суд принял без достаточных оснований решение о проведении судебного заседания в особом порядке и, как следствие, постановил обвинительный приговор без исследования и оценки собранных доказательств, вследствие чего сама суть правосудия была искажена; такая ситуация противоречит принципу законности и разрушает необходимый баланс конституционно защищаемых ценностей²⁹.

Предотвращению проявления субъективного фактора в негативном аспекте должно способствовать чувство нравственной ответственности субъектов, в производстве которых находится уголовное дело, за принимаемые по нему решения. На законодательном уровне невозможно закрепить исчерпывающе подробные модели деятельности следователя, дознавателя, прокурора, судьи или суда, исключающие возможность принятия решения по их усмотрению, исходя из интересов ведомства, своих личных интересов и т. д., но не из интересов расследования и/или рассмотрения уголовного дела как государственно-властной и социально значимой сферы. Осмысление роли и пределов субъективного аспекта уголовно-процессуальной деятельности – его негативных проявлений и положительных сторон – предполагает использование наряду с достижениями уголовно-процессуальной науки знаний из иных гуманитарных наук, в том числе философии, социологии, психологии и т. д. Комплексный подход к изучению субъективного фактора, внутреннего убеждения и других, тесно связанных с личностью правоприменителя, сторон производства по уголовным делам способствует их объективной оценке с учетом назначения уголовного процесса в масштабах многоплановой правоохранительной функции государства.

²⁹ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 29 октября 2014 г. № 31-УДП14-4. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB002&n=410314#010166114950470728> (дата обращения: 01.05.2020).

*Воронежский государственный университет
Стародубова Г. В., кандидат юридических наук, доцент,
заведующая кафедрой уголовного процесса*

*Voronezh State University
Starodubova G. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor,
Head of the Criminal Process Department
E-mail: gv_starodubova@mail.ru*

СЛЕДСТВЕННЫЕ ДЕЙСТВИЯ: ПРАВОВЫЕ И ФАКТИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ ПРОИЗВОДСТВА

Статья посвящена анализу правовых и фактических оснований производства следственных действий. Рассматриваются также определенные правила производства следственных действий, раскрывается определение следственного действия, условия производства и оформление.

К л ю ч е в ы е с л о в а: следственное действие, процессуальное действие, фактические основания, правовые основания, условия производства следственного действия, порядок оформления следственного действия.

INVESTIGATIVE ACTIONS: LEGAL AND FACTUAL BASIS OF PRODUCTION

The article is devoted to the analysis of the legal and factual grounds for the production of investigative actions. It also examines certain rules for the production of investigative actions, reveals the definition of an investigative action, production conditions and registration.

K e y w o r d s: investigative action, procedural action. factual grounds, legal grounds, conditions for the production of an investigative action, the procedure for registration of an investigative action.

Поступила в редакцию 5 сентября 2020 г.

Действующее уголовно-процессуальное законодательство не содержит определения следственного действия, разъясняя лишь, что понимается под процессуальным действием. Согласно п. 32 ст. 5 УПК РФ, процессуальное действие – это следственное, судебное или иное действие, предусмотренное УПК РФ. Из данного определения можно сделать вывод, что указанное понятие является собирательным. На первый взгляд, провести четкое разграничение понятий «процессуальное действие» и «следственное действие» по каким-либо признакам довольно сложно, поскольку следственные действия – это составной элемент процессуального действия, которые сами по себе являются процессуальными, поскольку выполняются в рамках уголовного процесса и имеют признаки и свойства процессуального действия. Однако для того чтобы сформулировать понятие следственного действия, необходимо определить его характерные черты, для чего следует обратиться к анализу сущности следственных действий. С этой целью надлежит выявить их неизменные специфические признаки.

Анализ научных трудов по данному вопросу свидетельствует о том, что большинство ученых полагают, что «соблюдение процессуальной формы собирания доказательств гарантирует их сохранность, законность и, самое глав-

ное, достоверность»¹. По мнению Р. В. Костенко, строгая процессуальная регламентация производства каждого следственного действия необходима для обеспечения достоверности сведений, а также для обеспечения гарантий прав участников процесса². С точки зрения А. В. Руденко, процессуальная форма имеет существенное значение, при этом итоговое знание может быть достоверным лишь при условии соблюдения требований к процессу доказывания, предусмотренных законом³. В качестве второго признака, по мнению Е. С. Токаренко, является его производство только лицами, которые в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством наделены соответствующими полномочиями⁴.

Вышеизложенное позволяет сделать вывод о том, что одним из существенных признаков следственных действий является обязательная обеспеченность их производства мерами государственного принуждения. Любое следственное действие затрагивает либо ограничивает в той или иной степени права участников уголовного процесса, оказывающих либо способных оказать противодействие расследованию⁵. Другим свойством следственного действия является познавательного-удостоверительный характер данных действий⁶. Так, Е. С. Токаренко полагает, что познавательная деятельность следователя направлена на перспективу получения доказательств и выяснение обстоятельств, подлежащих доказыванию, следовательно, складывается из собирания, проверки и оценки доказательств⁷. Данная точка зрения представляется обоснованной по той причине, что целью производства всех следственных действий является получение доказательств, которые подлежат проверке и оценке.

В связи с этим заслуживает внимания определение следственного действия, данное С. А. Шейфером, определяющим следственное действие как «комплекс регламентированных уголовно-процессуальным законом и осуществляемых следователем (судом) поисковых, познавательных и удостоверяющих следов определенного вида и приспособленных к эффективному отысканию, восприятию и закреплению содержащейся в них доказательственной информации»⁸. Однако такое определение является несколько сложно сформулированным для его законодательного закрепления. Представляется возможным определить следственное действие как совершаемое лицом, производящим расследование, при производстве следствия или дознания про-

¹ Бестаев А. О. Способы собирания доказательств в уголовном процессе России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 2007. С. 13.

² См.: Костенко Р. В. Уголовно-процессуальные доказательства : концепция и общая характеристика / под ред. В. П. Сальникова. СПб., 2006. С. 133.

³ См.: Руденко А. В. Предмет и структура логики доказывания // Черные дыры в российском законодательстве. 2011. № 2. С. 127–128.

⁴ См.: Токаренко Е. С. Основные признаки следственных действий // Вестник Краснодарского ун-та МВД России. 2012. № 4 (18). С. 52.

⁵ См.: Гладышева О. В., Семенцов В. А. Уголовно-процессуальное право. Общая часть и досудебное производство : курс лекций. Краснодар, 2011. С. 227.

⁶ См.: Плетнев В. В. Сущность, цель и значение доказывания // Рос. юстиция. 2012. № 1. С. 35–36.

⁷ См.: Токаренко Е. С. Указ. соч. С. 53.

⁸ Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М., 2001. С. 5.

цессуальных действий, которые позволяют получить новые доказательства либо проверить полученные ранее.

Характерной чертой следственного действия является его правовая природа, получающая свое выражение в том, что следственное действие – это юридический факт, создающий определенное правоотношение, в котором в качестве субъекта участвует лицо, производящее расследование, при собирании и оценке доказательств.

Из юридической природы следственного действия следует такой его признак, как допустимость производства следственного действия только в связи с расследованием.

Исключением из этого правила является производство тех следственных действий, которые законодатель перечислил в ст. 144 УК РФ в качестве следственных действий, которые могут быть проведены до возбуждения уголовного дела.

Любое следственное действие проводится при наличии и правового, и фактического основания. Правовое основание представляет собой совокупность предусмотренных уголовно-процессуальным законом условий, дающих следователю право произвести то или иное следственное действие⁹.

Фактическое основание производства следственного действия – это фактические данные, которые диктуют необходимость выполнения конкретных действий в интересах установления истины по делу. То есть каждое следственное действие должно производиться с определенной целью, а цели следственных действий напрямую закреплены в нормах УПК РФ.

Следует также отметить, что следственные действия характеризуются с двух сторон – познавательной и нормативной. Познавательная сторона следственных действий представлена приемами познания, которые лицо, производящее расследование, использует при их производстве. Нормативная сторона следственных действий выражается в детальной регламентации правил и условий их производства, установленной уголовно-процессуальным законодательством.

Следственные действия, производимые по уголовным делам, должны отвечать определенным правилам:

- при производстве следственных действий следователь обязан соблюдать права и законные интересы граждан;
- следственные действия должны производиться лишь при наличии к этому оснований;
- следственное действие должно быть законно, т. е. производиться в строгом соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства;
- производство следственных действий должно отвечать нравственным принципам и нормам.

Помимо перечисленных общих условий практически для каждого следственного действия устанавливаются специальные условия. Например, для производства ряда следственных действий необходимо вынесение постановления об их производстве, а некоторые следственные действия могут быть произведены только по судебному решению.

⁹ См.: Уголовный процесс : учеб. для вузов / под ред. А. В. Грищенко. М., 2012. С. 58.

По общему правилу следственные действия производятся только по возбужденному уголовному делу (за исключением разрешенных ст. 144 УПК РФ). Предусмотренный уголовно-процессуальным законодательством перечень следственных действий является исчерпывающим.

Все следственные действия должны быть проведены на законных основаниях, с соблюдением требований уголовно-процессуального законодательства и отвечать требованиям нравственности и морали. При этом каждое отдельное следственное действие обладает своей спецификой, которая должна быть учтена при их производстве.

Значительное количество следственных действий оформляется путем составления протокола по итогам его производства. Протокол следственного действия составляется в порядке ст. 166 УПК РФ. Ряд следственных действий оформляется протоколом, составленным на основе постановления, вынесенного лицом, производящим расследование. Такими следственными действиями являются выемка, обыск, получение образцов для сравнительного исследования. Еще одним вариантом процессуального порядка производства следственных действий является получение судебного решения на его производство.

Любое следственное действие может быть произведено исключительно лицом, производящим расследование, т. е. тем, которое приняло уголовное дело к своему производству. Одно уголовное дело может быть расследовано одновременно несколькими следователями (дознателями) в случаях расследования уголовного дела следственной группой.

Нельзя не обратить внимание на тот факт, что не всегда лицо, производящее расследование, может иметь возможность производства следственных действий по уголовному делу лично. В связи с этим законодатель предусмотрел возможность направления лицом, производящим расследование, органу дознания или следователю поручения о производстве следственных действий в другом месте.

Необходимо помнить о том, что нарушение процессуальных требований к оформлению следственных действий всегда влечет утрату его доказательственного значения, поскольку является основанием для признания недопустимым доказательством. При этом в некоторых случаях основанием для признания доказательства недопустимым достаточно технической ошибки, допущенной при составлении процессуального документа.

Таким образом, при производстве следственных действий в обязательном порядке должна быть соблюдена процессуальная форма следственного действия, предусмотренная УПК РФ – следственное действие оформляется либо протоколом, либо постановлением лица, производящего расследование, и протоколом, либо постановлением суда и протоколом.

Воронежский государственный университет

*Малахова Л. И., кандидат юридических наук,
доцент кафедры уголовного процесса*

Voronezh State University

*Malakhova L. I., Candidate of Legal Sciences,
Associate Professor of the Criminal Process Department
E-mail: malah78@mail.ru*

ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ДОКАЗЫВАНИЯ В СВЕТЕ ДОСТИЖЕНИЙ СОВРЕМЕННОГО НАУЧНО-ТЕХНИЧЕСКОГО ПРОГРЕССА

Обосновывается необходимость на законодательном уровне сформулировать дефиницию таких средств и условий их применения, при которых жизнь и здоровье людей не подвергались бы опасности. Обоснована неприемлемость замены существующей системы следственных действий, сформулированных А. С. Александровым как «получение цифровой информации машинным способом». Обосновывается недопустимость подвергать проверке показаний на полиграфе лиц, которым инкриминируется совершение преступлений.

К л ю ч е в ы е с л о в а: уголовно-процессуальное доказывание, научно-технические средства, следственные действия, цифровая информация, полиграф, преступления.

PROBLEMS OF CRIMINAL PROCEDURE EVIDENCE IN THE LIGHT OF THE ACHIEVEMENTS OF MODERN SCIENTIFIC AND TECHNICAL PROGRESS

In connection with the universal use of modern scientific and technical means in criminal procedure evidence, the article substantiates the need to formulate a definition of such means and conditions for their use at the legislative level; in which the life and health of people would not be in danger. The article substantiates the unacceptability of replacing the existing system of investigative actions formulated by prof. A. S. Alexandrov with such procedural actions as "obtaining digital information by machine". Supporting the proposals on the need to establish at the legislative level such an investigative action as a "polygraph test", the author justifies the inadmissibility of subjecting such a test to persons who are accused of committing crimes.

К e y w o r d s: criminal procedure evidence; scientific and technical means; investigative actions; digital information; polygraph; crimes.

Поступила в редакцию 5 сентября 2020 г.

Общей и самой насущной проблемой для всех так называемых наук «криминального профиля (цикла)» во все времена существования преступности в обществе была и остается борьба с этим социальным злом, нивелирование его негативного влияния на жизнь социума и его составляющего – человека.

В этом направлении идут научные поиски по совершенствованию соответствующей правовой базы, повышению эффективности, оптимизации правоприменения, разработке и внедрению в этот жизненно важный процесс необходимых средств, достижений, всего того, что охватывается такими явлениями, как социально-экономический и научно-технический прогресс.

Особо яркую окраску подобного рода исследования получили в 70-х и 80-х гг. прошлого столетия¹, развернувшись с новой силой в науках указанного профиля в связи с реализацией положений «Концепции судебной реформы» 1991 г. и принятым комплексом нормативно-правовых актов, регламентирующих организацию и деятельность судебных, прокурорских и других правоохранительных органов, Уголовного (1996 г.), Уголовно-исполнительного (1997 г.) и Уголовно-процессуального (2001 г.) кодексов Российской Федерации².

В русле обозначенного в наименовании данной работы проблемы значительный вклад уже внесли ученые-процессуалисты А. С. Александров, Д. В. Зотов, И. И. Литвин, В. В. Новик, К. В. Муравьев, В. А. Семенцов³.

Значение таких публикаций заключается в том, что в них содержатся указания и на возможности использования научно-технических достижений для совершенствования, и повышение эффективности уголовно-процессуального доказывания для установления истины по уголовным делам.

Технические и электронные средства могут использоваться в любой стадии уголовного судопроизводства, начиная с этапа проверки наличия основания для принятия решения о возбуждении уголовного дела в установленном ст. 144 УПК РФ порядке и до обращения, вступившего в законную силу судебного приговора к исполнению. Необходимость в технических средствах чаще всего связана с совершением следственных действий по собиранию доказательств по уголовному делу. В настоящее время производство практически ни одного следственного действия не обходится без использования тех или

¹ См.: Самощенко И. С., Никитинский В. И., Венгеров А. Б. Об основах методологии и методики изучения эффективности действия правовых норм // Ученые записки ВНИСЗ. 1971. № 25 ; Фаткуллин Ф. Н., Чулюкин Л. Д. Социальная законность и эффективность правовой нормы. Казань, 1977 ; Стогович М. С., Алексеева Л. Б., Ларин А. М. Советский уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. М., 1979 ; Петрухин И. Л., Батуров Д. П., Моршакова Т. Г. Теоретические основы эффективности правосудия. М., 1979 ; Зинатуллин З. З. Уголовно-процессуальное принуждение и его эффективность. Казань, 1981 ; Казиян Г. С., Соловьев А. Б. Проблема эффективности следственных действий. Ереван, 1987.

² См.: Материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвященной принятию нового Уголовно-процессуального кодекса РФ. М., 2002 ; Кудрявцев В. Н. Стратегии борьбы с преступностью М., 2003 ; Петрухин И. Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. М., 2004. Ч. 1 ; 2005. Ч. 2 ; Дерисhev Ю. В. Концепция уголовного досудебного производства в правовой доктрине современной России. Омск, 2004 ; Стратегии уголовного судопроизводства. М., 2008 ; Малышева О. А. Предварительное расследование : концепция повышения эффективности. М., 2010 ; Зинатуллин З. З. Избранные труды : в 2 т. СПб., 2017. Т. 2.

³ См.: Александров А. С. Учение о следственных действиях на пороге «цифрового мира» // Юрид. вестник Самарского ун-та. 2017. Т. 3, № 4. С. 80–85 ; Зотов Д. В. Уголовно-процессуальное доказывание и научно-технические достижения : теоретические проблемы. Воронеж, 2005 ; Литвин И. И. Современные технические средства и проблемы их применения в доказывании на судебных стадиях уголовного судопроизводства : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2018 ; Новик В. В. Криминалистическое обеспечение доказывания по уголовным делам : проблемы теории и практики : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009 ; Семенцов В. А. Избранные статьи по уголовному процессу. Краснодар, 2013.

иных технических и электронных средств. Представляется, что сфера применения таких средств будет расширяться (компьютеры и Интернет станут для всех своего рода обычным явлением). По мере все большего внедрения научно-технического прогресса отпадет и надобность в изготовлении материалов уголовного дела в письменном виде. Все материалы уголовного дела будут представляться на электронных носителях.

Для этого, конечно, необходимо внести довольно существенные корректировки в УПК РФ. Надлежит, прежде всего, определиться с такими дефинициями, как технические средства, и такой их широко распространенной сегодня разновидностью, какой являются электронные средства. Разъяснению указанных средств должны быть посвящены соответствующие пункты в ст. 5 УПК РФ. Необходимо также четкое законодательное определение общих условий допустимости применения как вообще любых технических средств, так и их разновидности, в частности электронных средств.

Положительно оцениваем предложения процессуалистов о необходимости включения в УПК РФ ряда уголовно-процессуальных норм, регламентирующих процессуальный порядок использования при производстве уголовных дел технических средств, в том числе и о необходимости конструирования в УПК РФ ст. 164.1 «Общие условия применения технических средств при производстве следственных действий»⁴. Полагаем, в данной статье следует указать на то, что применение любых технических средств должно допускаться лишь в условиях, когда жизнь и здоровье участников соответствующих процессуальных действий не подвергается опасности. Факт отсутствия такой опасности должен подтверждаться заключением специалиста – врача-терапевта. При этом никакие отступления от данного требования, включая и добровольное волеизъявление того или иного участника следственного действия, недопустимы. Недопустимы также и ссылки на исключительные свойства следственного действия, как это предусмотрено ч. 5 ст. 165 УПК РФ.

Факт признания на конституционном уровне человека высшей ценностью (ст. 2 Конституции РФ) в сочетании с закрепленным на конституционном же уровне права каждого на жизнь (ч. 1 ст. 20 Конституции РФ) требует четкой и строгой гарантированности. Любые оговорки о том, что то или иное опасное для жизни и здоровья людей действие может быть проведенным при наличии «исключительного случая», «добровольного согласия» подвергаемого пыткам, насилию лица (ч. 2 ст. 21 Конституции РФ) есть не что иное, как попустительство возможному совершению таких действий, поэтому указания на их возможность должны быть изъяты из правовой сферы, тем более регулируемой на конституционном уровне.

Разделяя суждение В. А. Семенцова о том, что на законодательном уровне в качестве условий допустимости применения технических средств (возможный их перечень по мере достижений научно-технического прогресса может расширяться, а конкретные виды изменяться), кроме указания на недопусти-

⁴ См.: Литвин И. И. Современные технические средства и проблемы их применения в доказывании на досудебных стадиях уголовного судопроизводства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2018. С. 10–11.

мость постановки в опасное состояние жизнь и здоровье человека, необходимо указать еще и на то, что применяться такие средства могут только уполномоченными на то лицами и что использование любых из таких средств «должно осуществляться в установленном законом порядке процессуальной формы»⁵.

В связи с последним из сформулированных условий необходимо обратить внимание на то, что весь ход и результаты следственных действий, проведенных с использованием электронных средств, отражаются на соответствующих носителях компьютерной информации – кассетах, видео- или аудиозаписи. В силу этого возникают, как представляется, обоснованные сомнения в необходимости дублирования электронной информации на разрешенных законом носителях такой информации еще и в протоколах следственных действий, составляемых в соответствии с требованиями ст. 166 УПК РФ.

Аудио- и видеозаписи относятся к категории объективных носителей информации о ходе и результатах конкретного следственного действия. Будучи зафиксированной на соответствующих электронных носителях (диски, кассеты), содержащаяся в них информация в условиях установленного законом порядка ее хранения не подвержена изменениям. В дальнейшем при производстве, как правило в судебных заседаниях, содержание сохранившейся на таких носителях информации остается аутентичным первично записанному. Представляется правильным мнение А. С. Александрова об отсутствии необходимости фиксации хода и результатов проведенного следственного действия на электронных носителях информации посредством составления еще и письменного протокола о производстве следственного действия⁶.

Отдавая должное в определенной степени поистине революционным предложениям А. С. Александрова, что «в условиях, когда субъектом расследования» может выступать любой пользователь цифровой технологией: программист, специалист по информационной безопасности корпорации (профессиональный «антихакер»), а также и «робот», «бот», которые могут «получать сведения (цифровую информацию), относящиеся к предмету доказывания», надо отказаться от существующей системы следственных действий как малопривлекательной в современных условиях, заменив ее носящим универсальный характер следственным действием – «получение цифровой информатизации (машинным способом)», отказаться и от такой, по мнению ученого, паразитарной государственной структуры, какой является существующий следственный аппарат⁷. Считаю данные суждения несогласуемыми с тем, что только человек наделен высшим разумом, что человек создан для познания, вне которого он просто не существует. Отметим, что А. С. Александров также прекрасно понимает это, ибо считает, что «оценку доказательств должен осуществлять только человек (прокурор, судья). Обвинять и судить могут только люди, но не машины, потому что оценить правовую ситуацию и принять решение о применении закона к человеку – предъявить обвинение, осудить, оправдать мо-

⁵ Семенцов В. А. Избранные статьи по уголовному процессу. Краснодар, 2013. С. 326.

⁶ См.: Александров А. С. Проблемы теории уголовно-процессуального доказывания, которые надо решать в связи с переходом в эпоху цифровых технологий // Судебная власть и уголовный процесс. 2018. № 2. С. 133–134.

⁷ См.: Александров А. С. Указ. соч. С. 133–138.

жет только другой человек... Машина должна быть априори исключена из этой сферы, ибо она не может судить человека»⁸.

Несколько ранее об этом же говорил И. И. Карпец, по утверждению которого, «каких бы мы вершин ни допускали в технике, машина никогда не превзойдет человека, особенно когда речь идет о человеческих отношениях, о столкновениях характеров, об эмоциях человеческих, реагировании человека на ситуации и т. д.»⁹.

Ярким свидетельством все большего проникновения научно-технических средств во все сферы жизнедеятельности человека, включая и уголовное судопроизводство, является внедрение в уголовно-процессуальное доказывание полиграфа. Проверка на полиграфе позволяет определять перспективные направления производства по уголовным делам, выявлять и доказывать виновность лиц, совершивших преступления. Проведение по уголовному делу психофизиологической экспертизы с использованием полиграфа «не противоречит действующему в России законодательству, поскольку ее сущность заключается в применении специальных знаний из ряда смежных областей науки и техники в ходе соответствующих исследований для решения вопросов, поставленных перед полиграфологом»¹⁰, заключение которого должно осуществляться по общим правилам оценки доказательств, включающих в себя и положения, закрепленные в уголовно-процессуальных принципах.

Применение полиграфа должно строго согласовываться с конституционными постулатами о том, что, во-первых, «никто не может быть без добровольного согласия подвергнут медицинским, научным или иным опытам» (ст. 21 Конституции РФ); во-вторых, «обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность» (ч. 2 ст. 49 Конституции РФ). Оба эти положения проецированы в современное уголовно-процессуальное законодательство (ст. 9 и 14 УПК РФ). В силу указанных конституционных запретов исследования на полиграфе недопустимы в отношении обвиняемых и подсудимых. Поддерживая предложения тех, кто считает необходимым на законодательном уровне закрепить такое следственное действие, как «проверка показаний на полиграфе»¹¹, считаем, что в соответствующей уголовно-процессуальной норме надлежит указать на недопустимость подвергать проверке на полиграфе ранее данных обвиняемыми и подсудимыми показаний. Полагая, что «психологическая проба допущена», Л. Е. Владимиров убедительно обосновал недопустимость обращения к каким-либо психологическим пробам «с целью получить возможность заглянуть в темную глубь души обвиняемого»¹².

Проверка ранее данных показаний на полиграфе может иметь место и при производстве вербальных следственных действий¹³, в частности таких, как до-

⁸ Там же. С. 138–139.

⁹ Карпец И. И. Дело, которому мы служим. М., 1989. С. 57.

¹⁰ Семенцов В. А. Избранные статьи по уголовному процессу. Краснодар, 2013. С. 332.

¹¹ Там же. С. 334–335.

¹² Владимиров В. А. Учение об уголовных доказательствах. Тула, 2000. С. 338–340.

¹³ К категории вербальных относятся «следственные действия, предполагающие зрительное или слуховое восприятие субъектом познания интеллектуально-информационных сигналов, закодированных в условно-знаковой форме и впоследствии трансформирую-

просы, очные ставки, опознания, проверка показаний на месте при условии неучастия в подобных действиях лиц, которым инкриминируются преступления (подозреваемые, обвиняемые, подсудимые).

Полиграф и все другие возможные технические и электронные средства могут применяться в уголовно-процессуальном доказывании лишь в условиях самого строгого соблюдения соответствующих законодательных предписаний и только специалистами, имеющими для этого специальную подготовку.

щихся в мысленные образы посредством рационального мышления» (Россинский С. Б. Следственные действия. М., 2019. С. 70).

Удмуртский государственный университет

Зинатуллин З. З., доктор юридических наук, профессор кафедры
уголовного процесса и правоохранительной деятельности

Зинатуллин Т. З., кандидат юридических наук, доцент, кафедры
уголовного процесса и правоохранительной деятельности

Udmurt State University

Zinatullin Z. Z., Doctor of Legal Sciences, Professor of the Criminal Process
and Law Enforcement Activity Department

Zinatullin T. Z., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of
the Criminal Process and Law Enforcement Activity Department
E-mail: faris.zagitiv@bk.ru

МОРАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ ЮРИДИЧЕСКОГО ВЫСТУПЛЕНИЯ (ПО МОТИВАМ СУДЕБНЫХ РЕЧЕЙ Ф. Н. ПЛЕВАКО)

Рассматриваются возможности использования религиозно-мистического воздействия в профессиональной судебной речи. Приводятся примеры из адвокатского наследия Ф. Н. Плевако. Показывается взаимообусловленность религиозно-мировоззрения и профессиональной деятельности.

К л ю ч е в ы е с л о в а: Плевако, биография, риторика, этика, мораль, религия, судебная речь, квалификация, доказательства, допустимость.

MORAL FOUNDATIONS OF LEGAL SPEECH (BASED ON THE COURT SPEECHES OF F. N. PLEVAKO)

The article is dedicated the problem of use of religious-mystical influence in professional judicial speech. Provides examples of advocates heritage of F. N. Plevako. Shows the interdependence of religious outlook and professional activities.

К e y w o r d s: Plevako, biography, rhetoric, ethics, morality, religion, judicial speech, qualification, evidence, admissibility.

Поступила в редакцию 12 сентября 2020 г.

С Античности судебная риторика, как и любая другая, знает три основных способа убеждения. Помимо логоса (логики аргументов) и пафоса (возбуждение страсти) выделяют категорию этоса. Этос предусматривает обращение судебного оратора к нравственным воззрениям арбитра. Среди моральных установок особое место занимают вопросы религиозного сознания. Это предполагает обсуждение проблемы принципиальной допустимости и пределов использования религиозно-мистического воздействия в выступлениях профессиональных участников судопроизводства.

История этого вопроса имеет глубокие корни. «В древневосточном праве религиозно-символические обряды играли важную роль при заключении сделок, в системах доказательств, наказаниях и т. п.»¹. Для античности было нормой заклинание богами судей и призыв небожителей на помощь тяжущимся. Отличительной чертой инквизиционного процесса являлся консерватизм, поскольку священность и неприкосновенность религиозных догматов переносились в систему правосудия и т. д.

Для отечественной дореволюционной системы уголовного судопроизводства самым ярким, а может и единственным, представителем религиозного «направления» красноречия был и остается присяжный-поверенный Федор Никифорович Плевако (1842–1908). Исследованию его биографии, профес-

¹ Иванов Ю. А. История государства и права древневосточных цивилизаций. Воронеж, 2012. С. 9.

сиональной деятельности, политических взглядов посвящено значительное число публикаций. Практически во всех из них упоминается его глубокая православная воцерковленность. О различных проявлениях в суде этой стороны личности самого прославленного российского адвоката пойдет речь в данной статье.

Но прежде чем анализировать мистическую сторону речи Плевако, следует обратиться к обстоятельствам, которые сопутствовали такому мировоззрению: воспитанию, обучению, окружению, увлечениям и пр.

Плевако рассказывал, как однажды в детстве чувство религиозности вылилось у него в комическую форму, создало целый инцидент. Уверенный, что вне христианства нет спасения, он еще мальчиком в Троицке решил спасти своих сверстников, друзей-татарчат: купаясь с ними в реке, он затеял какую-то игру, по которой все ребята должны были трижды нырнуть. Ничего не подозревая, они это исполнили; он же в это время быстро произносил: во имя Отца и Сына и Святаго Духа, а по окончании игры поздравил их с крещением. Мальчики подняли рев, их отцы ходили жаловаться отцу Плевако, чиновнику, и Плевако довелось в очень нежную пору стать не только проповедником, но и мучеником. Религиозная экзальтация в детские годы – не редкость, но Плевако сохранил ее в юности, когда обыкновенно человеческая душа проходит полосу неверия и отрицания; его товарищи по студенчеству помнили, как в ту пору Плевако покидал пирушки для церкви, любил вставать с петухами, чтобы не опоздать к ранней обедне².

Как-то у Плевако спросили, где он учился красноречию и кто из университетских профессоров был его наставником. Адвокат ответил: «Малому я научился в школах, но и за то благодарю и молюсь за своих наставников, по слову апостола: “Поминайте их”. Главным же профессором красноречия у меня был св. Иоанн Златоуст. А логику я учил у св. Григория Богослова, ибо более правильного и логически последовательного мышления редко у кого из его современников можно встретить. Прочтите внимательно его догматические трактаты против ариан: это шедевры логики. Вообще, когда я стал знакомиться со святоотеческой литературой и, в частности, с произведениями русских духовных писателей, я без труда нашел в них блестящие примеры богатства языка, логики и глубины мысли. Жаль, что русские люди, даже передовые руководители, не знакомы с жемчужинами духовной литературы»³.

Примечательно, что адвокатская деятельность Плевако прошла в Москве. Как писал о нем А. Ф. Кони, «он был москвичом “с ног до головы”»⁴. Колорит русских столбовых традиций первопрестольной, отличавшихся от рафинированных европейских веяний Петербурга, накладывает свой отпечаток на манеру «московского Златоуста». И звон колоколов сорока сороков, и религиозное

² См.: *Маклаков В. А.* Ф. Н. Плевако : лекция, прочитанная в мае 1909 г. в Петербурге в Обществе любителей ораторского искусства // *Речи; судебные, думские и публичные лекции.* Париж, 1949. С. 97.

³ Цит. по: *Корнилов А.* Православный адвокат // *Православное слово.* 2001. Июнь. № 12 (193).

⁴ *Кони А. Ф.* Князь А. И. Урусов и Ф. Н. Плевако // *Собр. соч. : в 8 т. М., 1968. Т. 5. С. 136.*

настроение москвичей, и богатая событиями летопись православной столицы России находят отклик в его судебных речах.

Много лет Плевако был церковным старостой Успенского собора Московского Кремля – одной из величайших святынь всей России и главного храма Московского государства. Несколько веков Успенский собор был духовным и политическим центром страны: здесь поставляли великих князей, венчали на царство, короновали императоров, оглашали государственные акты, возводили в сан епископов, митрополитов и патриархов. Однако когда священникам в целях охраны общественного порядка предписали затрагивать в проповеди политические вопросы, Плевако слагает с себя полномочия старосты, объясняя это недопустимостью подчинения церкви политике.

Плевако постоянно жертвовал на нужды церкви и христианское просвещение, был деятельным участником всевозможных благотворительных организаций. Часто бесплатно оказывал юридическую помощь, учитывая материальное положение доверителя. Так, крестьян из села Люторичи Тульской губернии, обвиняемых в неповиновении властям, он не только безвозмездно защищал, но и взял на себя все расходы по их содержанию в течение трех недель процесса⁵.

Известно, что ежегодно первую неделю Великого поста Плевако в строгой молитве проводил в Никольском единоверческом монастыре (настоятель – архимандрит Павел (Леднев) Прусский). Аккуратно посещал все монастырские службы, принимая участие в чтении поучений. Его пищей были черный хлеб и вода. Только после исповеди утром в субботу и причащения Плевако впервые вкушал пищу с постным маслом. Разумеется, что никаких дел в это время адвокат не вел.

В 1904 г., во время визита в Рим, он был на приеме у Папы Пия X. По дороге в Рим он говорил: мол, доведись ему выступать, это была бы идея конфессионального единства, «что вера одна, что Бог один, что и католики, и православные не могут чувствовать себя ни врагами, ни даже соперниками»⁶.

Значительное влияние на формирование мировоззрения, становление профессиональной карьеры и общественной деятельности адвоката оказало его ближайшее окружение, в котором наибольший вес имели государственные и общественно-религиозные деятели, принадлежавшие по своим взглядам в основном к консервативно-православным кругам: Т. И. Филиппов, К. П. Победоносцев, И. С. Аксаков, Павел (Леднев) Прусский и Н. И. Субботин⁷.

Константин Петрович Победоносцев, имея репутацию крупного специалиста в области гражданского права и блестящего лектора, в 1861 г. был приглашен во дворец для преподавания права наследнику и другим членам царской семьи. Император Александр II, высоко оценив педагогические способности наставника своих детей и его преданность престолу, назначил К. П. Победоносцева на должность обер-прокурора Синода, которую он занимал четверть

⁵ См.: *Троицкий Н. А.* Корифеи российской адвокатуры. М., 2006. С. 108.

⁶ *Маклаков В. А.* Указ. соч. С. 98.

⁷ См.: *Константинова Ю. В.* Общественно-политическая и профессиональная деятельность Ф. Н. Плевако в России конца XIX – начала XX в. : автореф. ... канд. ист. наук. СПб., 2005. С. 7.

века – с 1980 по 1905 г. Сама должность обер-прокурора Святейшего Правительствующего Синода предусматривала представление интересов императора светским чиновником в высшем церковном органе власти Российской империи.

Консервативные общественно-политические взгляды К. П. Победоносцева оказали значительное влияние на мировоззрение будущих императоров – Александра III и Николая II. Он резко критиковал европеизацию России, осуждал моду на демократию и парламентаризм, который называл «великой ложью нашего времени», а всеобщие выборы, по его мнению, рожают продажных политиканов и понижают нравственный и умственный уровень управленческих слоев. Победоносцев высказывался против восстановления патриаршества потому, что видел в этом институте угрозу незыблемости неограниченного самодержавия, которое он считал единственно приемлемой формой правления в России.

Дружба Ф. Н. Плевако и К. П. Победоносцева не носила идейного характера. Заметна противоречивость их взглядов. Один – яркий сторонник веротерпимости, а другой – совсем не толерантен к иноверцам... «Осип Фельдман, известный в ту пору гипнотизер, прогуливался однажды по берегу моря возле Сестрорецка. Вдруг видит – с купальных мостков упал в море старик, облаченный в тяжелое пальто, и тонет.

Отважный гипнотизер кинулся в воду и вытащил старика на берег. Тот открыл один глаз – оглядел своего спасителя:

- Жид?
- Увы.
- Крестись...

Все рекорды лаконизма были побиты! Осип Фельдман вытащил из воды синодского обер-прокурора Победоносцева, и уже на следующий день газеты опубликовали фельетон А. В. Амфитеатрова, озаглавленный: «Не всегда тащи из воды то, что там плавает!»⁸.

К. П. Победоносцева не любили, боялись, обвиняли в заскорузлости, на него писали едкие эпиграммы⁹, но сложно не увидеть цельность натуры и искренность патриотических переживаний. Так, Победоносцев доказывал, что церковь и вера – основы государства: «Государство не может быть представителем одних материальных интересов общества; в таком случае оно само себя лишило бы духовной силы и отрешилось бы от духовного единения с народом. Государство тем сильнее и тем более имеет значение, чем явственнее в нем обозначается представительство духовное. Только под этим условием поддерживается и укрепляется в среде народной и в гражданской жизни чувство законности, уважение к закону и доверие к государственной власти. Ни начало целостности государственной или государственного блага, государственной пользы, ни даже начало нравственное – сами по себе недостаточны к утверждению

⁸ Пикуль В. С. Нечистая сила. Воронеж, 1989. Т. 1. С. 56.

⁹ Победоносцев он в Синоде.

Обедоносцев при дворе,

Бедоносцев он в народе

И Доносцев он везде (Троицкий Н. А. Указ. соч. С. 112).

прочной связи между народом и государственною властью; и нравственное начало неустойчиво, непрочно, лишено основного корня, когда отрешается от религиозной санкции»¹⁰.

Тертий Иванович Филиппов – российский государственный деятель, сенатор, публицист, православный богослов, – владея греческим языком и имея репутацию знатока творений Отцов Церкви, слыл авторитетом в церковных вопросах и конфликтах своего времени. Занимался проблемами «раскола», выступая в защиту староверов, за полную отмену всех существующих для них ограничений. «Базовые идеи Т. И. Филиппова о православной основе воспитания и образования составили фундамент мировоззренческих установок Ф. Н. Плевако. Во многом благодаря связям Т. И. Филиппова молодой Плевако оказался в кругу просвещенной творческой интеллигенции»¹¹.

Иван Сергеевич Аксаков – русский публицист, поэт, общественный деятель, один из виднейших теоретиков и практиков славянофильства – отстаивал нерушимость русских национальных основ, традиций и идеалов. Видел основу духовного возрождения человечества в союзе славянских народов под руководством русского народа. И. С. Аксаков доказывал, что «русская народность немислима вне православия; что православие есть тот духовный исторический элемент, под воздействием которого сложилась и образовалась русская народность, что тщетны все попытки выделить из идеи русской народности идею православия, выкачать, так сказать, из нее разными насосами самый воздух и создать из этого обездушенного материала какую-то новую политическую русскую *народность...*»¹². Обращение к этим словам полтора года спустя в очередной раз с горечью подтверждают тщетность поиска пророка в своем отечестве.

Архимандрит Павел (Леднев) Прусский, воспитанный в старообрядческой среде, своей начитанностью, добросердечием и строгой жизнью приобрел всеобщую любовь и уважение. В связи со строгими мерами императора Николая I против раскольников отцу Павлу доверяют организацию нового старообрядческого центра в более безопасном месте, вне России. В Восточной Пруссии (отсюда его прозвание «Прусский»), где проживало до тысячи русских, он устраивает старообрядческий Войновский монастырь. За 15 лет управления монастырь достигает своего расцвета, а отец Павел пользуется громкой известностью и авторитетом во всей России в качестве вождя старообрядчества.

Однако сомнения в обоснованности раскола и личный поиск Бога заставляют отца Павла покинуть Пруссию и с частью учеников присоединиться к Русской православной церкви. Осознанное изменение мировоззрения личности и публичное признание собственных заблуждений – не что иное, как духовный подвиг и свидетельство высокого нравственного характера. С этого времени все свои немалые знания и большую энергию отец Павел посвятил проповеди

¹⁰ Победоносцев К. П. Московский сборник : сб. статей о церкви и государстве. СПб., 1896. Ч. IV, V.

¹¹ Константинова Ю. В. Указ. соч. С. 12.

¹² Аксаков И. С. Об отношении православия к русской народности и западных исповеданий к православию – по поводу книги Овербека «С Востока свет» // День. 1865. 23 окт. № 38. С. 893–896.

единоверия в десятках старообрядческих общин. Он был назначен настоятелем Никольского единоверческого монастыря в Москве, а за свои миссионерские труды возведен в сан архимандрита.

Одним из ярких свидетельств, характеризующих нравственный облик отца Павла, являются слова Н. И. Субботина к К. П. Победоносцеву: «С заботой и грустью смотрю я на будущее Никольского монастыря. Думается, что он больше всякого из московских монастырей приносит пользы Св. Церкви, – и в каком положении! Видим, как отцы архимандриты разъезжают в каретах, пышно одеты, сытно питанные, а настоятель Никольского монастыря ездит по Москве в розвальнях, чуть не в рубище, питаюсь скуднее своей братии. Лучшего он и не ищет. Скажу больше: в его убожестве еще более видится его нравственная мощь, и ею-то держится монастырь»¹³. Нерв этих строк не притупился и в наши дни!

Уже упомянув Н. И. Субботина, следует сказать, что и он входил в окружение Ф. Н. Плевако. Известный писатель и публицист Николай Иванович Субботин был профессором истории Московской духовной академии. К его заслугам относят издание большого числа первостепенных по своей важности источников по истории раскола и православной полемике против него. Именно труды Павла Прусского и Н. И. Субботина, посвященные истории Русской православной церкви и расколу, привели к появлению у Ф. Н. Плевако устойчивого интереса к церковным вопросам и проблеме старообрядцев как в своей профессиональной, так и в политической деятельности.

В активную политическую жизнь Ф. Н. Плевако включается в 1907–1908 гг., когда становится депутатом от партии октябристов в III Государственной думе.

«Исследуя процесс превращения популярного адвоката в общественно-политического деятеля», некоторые авторы уверены, что различные аспекты деятельности в качестве народного избранника «были для Ф. Н. Плевако равноценны деятельности юриста, защищавшего интересы российских граждан уже в масштабе всей страны»¹⁴. Не оспаривая такой вывод современного специалиста-историка, следует лишь указать на иную точку зрения свидетеля событий тех лет – популярного фельетониста А. В. Амфитеатрова: «Почти сорок лет повторялся о Плевако один и тот же суд общества: какой могучий народный трибун пропадает в этом талантливейшем адвокате! Акт 17 октября 1905 года удовлетворил желанию общества: талантливый адвокат получил возможность и вскоре призвание явиться трибуном. Но – что же? Как только Плевако оделся в эту новую роль, тот же общественный суд немедленно завздохал – и, надо сознаться, вполне основательно:

– Какой великолепный адвокат напрасно угас в этом плохом трибуне!

Почти год стоял Плевако на посту народного представителя – и не осталось от “гения слова” за этот период его жизни ни одного памятного слова. Напротив, – словно на смех, – остались увековеченные газетными отчетами жесты: “стучал по пюпитру”, “грозил кулаком”...»¹⁵.

¹³ Там же.

¹⁴ Константинова Ю. В. Указ. соч. С. 14.

¹⁵ Амфитеатров А. В. Рецензия на книгу Ф. Н. Плевако «Речи» // Собр. соч. СПб., 1912. Т. 15 : Мутные дни. С. 144.

Вместе с тем характер законотворческой деятельности Ф. Н. Плевако опять связан с вопросами религии и веры¹⁶. В Думе он участвует в работе комиссии по церковным вопросам. При этом, противопоставив себя большинству, выступал за выделение старообрядцев в самостоятельную комиссию, доказывая, что только совместная работа православных и старообрядцев может быть результативной.

Известно, что перед судебными выступлениями Плевако молился. А подчас и в самой публичной речи находилось место полноценной молитве. Вот как поверенный обращается к присяжным в Калужском окружном суде под звон колоколов из соседнего храма: «Господи и Владыко живота моего, дух праздности... не даждь ми. Дух же целомудрия... даруй мне...и не осуждати брата моего... Сейчас священник вышел из алтаря и, земно кланяясь, читает молитву о том, чтобы Господь дал нам силу “не осуждать брата своего”. А мы в этот момент собрались именно для того, чтобы осудить и засудить своего брата. Господа присяжные заседатели, пойдите в совещательную комнату и там в тишине спросите свою христианскую совесть, виновен ли брат ваш, которого судите вы? Голос Божий через вашу христианскую совесть скажет вам о его невиновности. Вынесите ему справедливый приговор».

Во многом слава «московского златоуста» основывалась на непредсказуемости его выступлений и ловких адвокатских трюках. Некоторые из них – уже легенда. Даже «анекдоты» про него носили мистический окрас. Пожалуй, самой известной историей, не раз описанной в литературе, является оправдание священника, обвинявшегося в хищении. Защитник сказал следующее: «Господа присяжные заседатели! Дело ясное. Прокурор во всем совершенно прав. Все эти преступления подсудимый совершил и сам в них сознался. О чем тут спорить? Но я обращаю ваше внимание вот на что. Перед вами сидит человек, который тридцать лет отпускал вам на исповеди ваши грехи. Теперь он ждет от вас: отпустите ли вы ему его грех?»¹⁷.

Показательно, что одним из множества восторженных прозвищ Плевако было о многом говорящее – «митрополит адвокатуры».

Всероссийская слава Плевако начинается с процесса 1874 г. настоятельницы Серпуховского монастыря игуменьи Митрофании, обвинявшейся в подлоге и мошенничестве. Адвокат представлял потерпевших. Синтез его необузданного темперамента, неподражаемого вдохновения, самобытного нрава, непредсказуемых интонаций, а порой и страстно-оскорбительного тона дали ту знаменитую *силу* речи, которая пленила присяжных. Отныне суд присяжных и Плевако едины и неразлучны. Он сам называет себя 13-м присяжным с совещательным голосом, говорящим не от имени подсудимого, а как должен думать и говорить судья¹⁸. Но митрофаниевский процесс не только открывает миру нового Цицерона, но и ставит новые, ранее не известные ударения в судебном слове. Несмотря на то что сам характер дела связан с монастыр-

¹⁶ См.: *Селезнев Ф. А.* Судьба законопроекта о старообрядческих общинах (1905–1914) // Вестник Нижегород. ун-та им. Н. И. Лобачевского. 2008. № 1. С. 130–140.

¹⁷ *Вересаев В. В.* «Жил в Москве знаменитейший адвокат Плевако...» : невыдуманные рассказы о прошлом // Собр. соч. М., 1985. Т. 4. С. 118.

¹⁸ См.: *Маклаков В. А.* Указ. соч. С. 107.

ским управлением, Плевако демонстрирует возможности вплетения религиозно-нравственного чувства в правовую материю. Здесь закипает градус его личной веры, и он комментирует объективную сторону преступления через заповеди Синая. Говорит о спасительном значении православной церкви и единстве нравственного и правового порядка. Именно здесь он «обкатывает» христианский пафос своих речей и улавливает неосуждающую и милостивую сущность православного суда присяжных.

В связи с этим как минимум невежеством, если не мракобесием, выглядят попытки современных исследователей митрофаниевского процесса назвать выступление Плевако «глумлением» над верой: «Из-за неприязни к духовенству ему, конечно, невдомек было, что под покровом обители в общинах милосердия готовились медицинские сестры, так необходимые в боевых условиях для спасения жизни раненых воинов. Последующие войны подтвердили правильность выбора служения самоотверженных монахинь Всеблагому Богу и людям. Но какое дело до всего этого ненавистникам Православной России, разрушителям трона и алтарей!»¹⁹. Скорее всего автор просто не знаком с содержанием обвинения и выступлением «самого православного» из адвокатов.

В профессиональном наследии Плевако, конечно, есть выступления, где обстоятельства церковно-религиозного плана выступают элементом состава преступления. Это, безусловно, дело игуменьи Митрофании, по которому обличительные адвокатские выпады вошли во все азбуки ораторского искусства: *«Путник, идущий мимо высоких стен Владычного монастыря, вверенного нравственному руководительству этой женщины, набожно крестится на золотые кресты храмов и думает, что идет мимо дома Божьего, а в этом доме утренний звон подымал настоятельницу и ее слуг не на молитву, а на темные дела! Вместо храма – биржа; вместо молящегося люда – аферисты и скупщики поддельных документов; вместо молитвы – упражнение в составлении вексельных текстов; вместо подвигов добра – приготовление к ложным показаниям, – вот что скрывалось за стенами. Стены монастырские в наших древних обителях скрывают от монаха мирские соблазны, а у игуменьи Митрофании – не то... Выше, выше стройте стены вверенных вам общин, чтобы миру не было видно дел, которые вы творите под покровом рясы и обители!..»*²⁰.

Другой пример – дело рабочих Коншинской мануфактуры, обвинявшихся в организации стачки, одной из целей которой было прекращение работ перед праздниками к началу церковной службы. Сами обстоятельства дела обязывают Плевако говорить о духовно-нравственном сознании трудящихся: *«Церковь – это место подъема духа у забитого жизнью, возрождение нравственных заповедей, самосознания и любви.*

Там он слышит, что и он человек, что перед богом несть эллин или иудей, что перед ним царь и раб в равном достоинстве, что церковь не делит людей на ранги и сословия, а знает лишь сокрушенных и смиренных, ал-

¹⁹ Стрижев А. На путях стяжания благодати. Игуменья Митрофания : ее жизнь и деятельность. URL: <http://www.voskres.ru/podvizhniki/strijev.htm>

²⁰ Плевако Ф. Н. Избранные речи. М., 2010. С. 54 (далее ссылки на это издание – в тексте).

чущих и жаждущих правды, труждающихся и озлобленных, всех вкупе помощи божьей требующих.

Входя туда обозленным, труженик выходит освеженным умом и сердцем.

Хотите сделать из народа зверей – не напоминайте ему про божью правду; хотите видеть работника-человека – не разлучайте его с великою школой Христовой.

Обвинение вменяет в вину изобличенным подсудимым их тоску по церкви. Надеюсь, что вы в этой тоске найдете основание к снисхождению...» (с. 640–641).

В этих отрывках религиозно-нравственные акценты «запрограммированы» изначально. И в силу предопределенности материалами дела они представляют меньший интерес.

Анализ религиозно-нравственных аспектов речей Ф. Н. Плевако уместно провести с позиций требований, предъявляемых к судебной речи. Количество и характер таких критериев всегда различны и подвержены изменениям. Вместе с тем, несмотря на некоторые понятийные разногласия, традиционно считают, что судебная речь должна быть содержательной, доступной, богатой, точной, выразительной.

Содержательность предполагает наличие у профессионального участника процесса юридически обоснованной позиции по делу, подкрепленной системой доказательств. Содержательность речи характерна для любого выступления, поскольку представляет синтез фактических обстоятельств дела и их правовой оценки. Оценка содержательности традиционно зависит от анализа в речи таких условий, как: определенность и последовательность выбранной позиции; анализ правильности квалификации деяния; ограниченность предметом доказывания устанавливаемых обстоятельств; наличие доказательств, как подтверждающих собственный тезис, так и опровергающих точку зрения оппонента; проверка процессуальных свойств аргументов; наличие логических связей в доказывании и др. Таким образом, содержательность предполагает использование только рационально-логических способов аргументации и, как правило, исключение иррациональных и ненаучных способов и средств доказывания. Соответственно недопустимыми в юридическом выступлении видятся и тезис, и аргумент, имеющие религиозный окрас. Но этот запрет не для Плевако!

Так происходит и в деле Санко-Лешевича, обвиняемого в подстрекательстве убийства сестры. Адвокат пытается недопустить в сознании присяжных отождествления своего подзащитного с Каином: *«Семьдесят веков тому назад на земле впервые пролилась кровь брата, и народные легенды даже на месяце запечатлели навек эту страшную картину. Обыкновенно человек-брат до такого разврата без основательных причин не доходит. Надо в прошлом испортиться, в настоящем быть дьяволом, даже сатаной» (с. 496).*

Князь Грузинский обвинялся в убийстве бывшего губернатора своих детей, имевшего близкие отношения с супругой князя и впоследствии ставшего

управляющим ее части имения. После анализа низменного поведения потерпевшего и длительной психотравмирующей ситуации, в которой находился обвиняемый, Плевако ставит вопрос перед присяжными о наличии «оправданного» физиологического аффекта:

«Справиться с этими чувствами князь не мог. Слишком уж они законны, эти им овладевшие чувства.

Часто извиняют преступления страстью, рассуждая, что душа, ею одержимая, не властна в себе.

Но если проступок был необходим, то самая страсть, когда она зарождалась в душе, вызывала осуждение нравственного чувства. Павший мог бы избежать зла, если бы своевременно обуздывал страсть. Отсюда – преступление страсти все-таки грех, все-таки нечто, обусловленное уступкой злу, пороку, слабости. Так, грех Каина – результат овладевшей им страсти – зависти. Он не неповинен, ибо совесть укоряла его, когда страсть, еще не решившаяся на братоубийство, изгоняла из души его любовь к брату.

Но есть иное состояние вещей: есть моменты, когда душа возмущается неправдой, чужими грехами, возмущается во имя нравственных правил, в которые верует, которыми живет, – и, возмущенная, поражает того, кем возмущена... Так, Петр поражает раба, оскорбляющего его учителя. Тут все-таки есть вина, несдержанность, недостаток любви к падшему, но вина извинительнее первой, ибо поступок обусловлен не слабостью, не самолюбием, а ревнивой любовью к правде и справедливости» (с. 474).

Приведенные из Библии примеры рельефно показывают условия изменения сознания и нарушения волевого контроля за действиями. Они определяют неправомерное или аморальное поведение потерпевшего как некий «спусковой механизм» аффекта. Здесь проводится различие в ответственности за преступные деяния, совершенные с различными формами душевного волнения.

Еще одной особенностью этой выдержки является ее простота и наглядность. Адвокат в доступной форме, не прибегая к медицинской и юридической терминологии, доводит до присяжных значение аффекта.

Подобная интерпретация аффекта не единична в наследии Плевако. Буквально тремя годами ранее, в 1880 г., он берется за защиту Прасковьи Качки, обвинявшейся в убийстве охладевшего к ней возлюбленного. Эта одна из самых ярких «плевакинских» речей обычно приводится в паре с предваряющим ее прокурорским выступлением. Обвинение поддерживал П. Н. Обнинский, преподавший замечательный урок и «сегодняшнему» прокурору – что и как надо говорить. Предвидя возможное обоснование защитой аффективного состояния обвиняемой, прокурор показывает единство позиции нескольких заключений специалистов и комиссионных экспертиз в вопросе о душевном здоровье Качки. Единственным диссонансом выступало мнение одного из специалистов, которое не грех было проигнорировать. Однако П. Н. Обнинский показывает неубедительность такого вывода через скрупулезный анализ сущности аффекта, его видов, стадий, медицинской и юридической сторон. При этом он убеждает присяжных, используя передовые научные достижения в области психиатрии своего времени. Казалось бы, что такой блестящей юридической квалификации нечего возразить...

Но Плевако и не собирается состязаться в глубине познания теории уголовного закона и психиатрии. Пожалуй, это и бесполезно. Он обращается к неизменяющему ему «чутью» присяжных и пониманию того, что для «судей совести» понятийный аппарат права скучен, сложен и безлик. Правда жизни интереснее и ближе! Знакомясь с его выступлением, можно поймать себя на мысли, что аффект для Качки растянулся на всю жизнь и во многом обусловлен наследственностью. *«На библейских примерах (Ханаан, Вавилон и т. п.) защитник доказывал, что наследственность признавалась уже тогда широким учением о милосердии, о филантропии путем материальной помощи, проповедуемой Евангелием».* Плевако обосновывал то положение, что *«заботою о материальном довольстве страждущих и неимущих признается, что лишения и недостатки мешают росту человеческого духа: ведь это учение с последовательностью, достойною всеведения Учителя, всю жизнь человеческую регулировало с точки зрения единственно ценной цели – цели духа и вечности»* (с. 389).

Приведенные случаи показывают, как юридически значимые оценки в матрице квалификации преступления замещаются доступными религиозно-этическими ценностями. Такая ситуация естественна для выступлений Плевако. Для него нравственно ориентированный дух закона значительно выше его буквы. В одном из дел он говорит, что *«закон – это минимум правды, над которой высится иной идеал, иной долг, внятный только нравственному чувству»* (с. 590). Вообще отношение Плевако к праву сложно назвать формально-юридическим. Он скорее чувствует общий настрой юриспруденции, проникается идеями «здорового» права. «Он с убеждением напоминал присяжным, что царь Давид не устоял перед соблазнами Варсвии. Как человек глубоко всем своим складом религиозный, он верил, что и несчастье и преступление – попущение свыше, что они посланы Тем Руководителем нашей судьбы, без воли Которого с головы не падает волоса; верил, что никогда не поздно покаяться, что преступление – часто спасительный перелом нашей жизни, залог возрождения; что величайшие деятели добра иногда выходили из рядов поборников зла; что, – как любил говорить он, – Савлы часто становятся Павлами»²¹.

Выступая перед присяжными, Плевако порой отождествляет суд земной с небесным. Ведь в знаменателе любого правосудия всегда правда, справедливость, милость. Защищая Люторических крестьян, он не делает разницы между *«попиранием божеских и человеческих законов»* (с. 599). По одному из дел поверенный обращается к присяжным: *«вы нас рассудите в правду и в милость, рассудите по-человечески, себя на его место поставите, а не по фарисейской правде, видящей у ближнего в глазу спичу, у себя не видящей и бревна, на людей возлагающей бремя закона, а себе оставляющей легкие ноши»* (с. 462). Спустя мгновение, по тому же процессу князя Грузинского, он чуть смещает акценты: *«Дело его – страшное, тяжелое. Но вы, более чем какое-либо другое, можете рассудить его разумно и справедливо, по-божески»* (с. 463).

²¹ Маклаков В. А. Указ. соч. С. 109–110.

Однако это не универсальная позиция защиты. Она меняется в зависимости от особенностей каждого конкретного дела, и порой проводится граница между Божьим и кесаревым. Так, в деле Мамонтова Плевако говорит, что принципы человеческого общежития вполне вписываются в понятие абсолютной Божественной истины: *«В книге, в святость которой мы все верим, – в Новом Завете, сказано, что придет некогда суд общий, на котором Судия будет судить, «заче Он Сын человеческий». И вы рассудите по-человечески!»* (с. 328).

Но интонации «раскаяния-пощады» характерны для «зрелого» Плевако. Его «молодые» речи в большей степени строятся на оценке доказанности обстоятельств, имеющих значение по делу. Так, в деле Гаврилова, раскрывая присяжным процессуальный смысл презумпции невиновности, Плевако особо подчеркивает разницу между жалостью и невиновностью: *«...Защита, оставаясь верной долгу гражданина, не может вас просить о том, на что вы не имеете права. Вам не дано миловать, да нет и надобности настаивать на этом. Право миловать принадлежит иной, выше вас стоящей власти, перед которой еще не оставалась тщетной ни одна из просьб, отыскивающих милосердия!»* (с. 278).

Приведенный пример скорее исключение в риторическом наследии Плевако. «С годами мистическое настроение захватывало знаменитого адвоката все глубже и глубже, стало для него искреннею потребностью. Это отозвалось и на его красноречии, – пишет известный фельетонист А. В. Амфитеатров. – Если следить за хронологией речей Плевако, легко заметить одну особенность: чем позже по годам речь, тем реже Плевако “защищает”, – все чаще просит извинить и простить, все слабее опирается на право, все крепче нажимает струны милосердия и сострадания. Его клиенты начинают почти сплошь сходиться со скамьи подсудимых не столько оправданные, сколько помилованные. Присяжные отпускают их не потому, что убедились в их невинности, но потому, что пожалели: выплакал им пощаду защитник. Их не обелили, но отверзли им милосердия двери – к покаянию. Клиентам Плевако, – в это время все больше директорам банков и разным крупным предпринимателям, – эти апелляции из области права в область религиозного отпущения грехов “по душам” весьма помогали»²².

Содержательность речи не исчерпывается лишь позицией по делу. Ее нужно обосновать при помощи аргументов. И в связи с этим опять обращает на себя внимание тот религиозный оттенок, который освещает свойства доказательств в выступлениях Плевако.

Вот как он по делу Франческо комментирует отказ свидетелей от ранее данных показаний под присягой: *«Воспитанный в понятиях, что клятва перед Крестом и святым Евангелием – священна, я болел душой, видя все то, что здесь происходило»* (с. 295). Этой емкой реплики вполне достаточно, чтобы поставить под сомнение достоверность исследуемых сведений. Еще В. Д. Спасович считал, что «обряд присяги сильно действует на умы большинства людей и что эта религиозная гарантия вместе с гражданской, состоящую

²² Амфитеатров А. В. Указ. соч. С. 145.

в наказаниях за лжеприсягу, склоняет многих к правдивости. *Существенно в присяге приведение имени Бога, а не внешний ее обряд*²³. А по приведенной ситуации остается лишь напомнить, что Плевако практически не прибегал к сравнению показаний, данных в ходе предварительного и судебного следствия, обоснованно полагая, что такой прием наименее эффективен, несмотря на его распространенность.

Плевако критически оценивает достоверность показаний участников процесса, основываясь на искренности чувств верующих. Вот один из таких примеров: *«Главный убийца – Анастасия Дмитриева, совершив злое дело, не стесняется, для отвода глаз, спустя 5–10 дней, поднимать икону и – молиться!..*

Есть воры, которые в Благовещенье служат молебны и начинают тем сезон воровства. Несомненно, это – религиозные люди, и религия у них покрывает злодеяния. Такое понятие о божестве не оправдывается никакими соображениями.

Такова Дмитриева в отношении религии...» (с. 496).

Такая характеристика личности достигает своей цели. Пожалуй, какие-либо иные сведения уже не смогут изменить взгляды присяжных на подсудимую.

Но религиозный аспект речей Плевако затрагивает не только вопросы достоверности доказательств, но и другие их свойства. Так, проблема допустимости звучит, когда адвокат предостерегает народных представителей прислушиваться к молве, слухам, общественному мнению: *«В деле, которое вы рассматриваете, столько клеветы, сплетен, ненависти к обвиняемому, – точно погоня волка за зайцем... Кричат: ату его, ату!.. Страшно становится за человека...*

Он осужден общественным мнением!..

Но что такое, господа, общественное мнение?..

Святейшему святых общественное мнение вчера провозглашало «Осана», а на другой день уже – «Распни, распни его»!..» (с. 501). Сила приведенной мысли ощутима и превосходит любые известные суждения о неавторитетности общественного мнения ... в суде!

Помимо прочего ссылки на библейские тексты делают выступления Плевако выразительными. Образы, взятые из Писания, помогают присяжным в яркой и доступной форме воссоздать суть исследуемых событий. Так, превознося добродетели своего доверителя Стаховича, Плевако замечает, что *«разве один Искарот решится своим змеиным языком изречь хулу...»* (с. 580). Осуждая Буллах за причинение с корыстной целью расстройства умственных способностей богатой купчихе Мазуриной, адвокат применяет антитезу – *«в противоположность библейскому Иову, она не блага и сокровища отдает, чтобы соблюсти душу, но, наоборот, она лучше отдаст и отдает себя на распятие, но зато скрывает то, что ей всего дороже, – награбленное богатство»* (с. 165).

Однако религиозно-эмоциональный порыв не гаснет и в суде профессионалов. Вот несколько примеров острого чувства слова адвоката.

²³ Спасович В. Д. О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством. М., 2001. С. 41.

Высокий пафос заложен в метафоре, напоминающей суду суть правосудия по делу бек-Бакиханова: *«Судья, ставящий судебное решение, сознает еще и то, что весы в руках правосудия, эмблема – весы, не из того материала, из которого льются орудия торга, веса и меры в местах человеческого торжища. Судья знает, что весы, врученные ему, выкованы из того материала, из которого слиты весы великого Божьего суда, имеющего произнести приговор над всем миром и судьбами его. А к таким весам не должны прикасаться ничьи с правдой ничего общего не имеющие стремления; их верности не должны нарушать, прикасаясь к ним, нечистые руки, в целях увеличения тяжести одной из чашек, все равно, вмещающей интересы обвинения или интересы защиты»* (с. 486).

Представляя интересы частного обвинителя Шмакова о защите чести, Плевако так обращается к съезду мировых судей: *«Да будет вам руководящим светочем слово апостола язычников Павла, так выразившегося о значении доброго имени: «лучше мне паки умереть, нежели похвалу мою кто да испразднит!..»* (с. 562). Этот фрагмент представляет часть апелляционной речи, которая традиционно в большей степени ориентирована на исследование материальных и процессуальных вопросов дела, что, как правило, снижает эмоциональное воздействие.

Религиозно-этическая сторона речей Плевако представляет художественную, литературную, возможно, и драматическую ценность. Но открытым и подлежащим обсуждению остается вопрос об общей допустимости использования в судебной речи религиозно-нравственных установок профессиональными участниками процесса. Радикально отрицает такую возможность автор знаменитого «Искусства речи на суде» П. С. Пороховщиков (П. Сергеич). Он предупреждает о непристойности таких ссылок: *«Не касайтесь религии, не ссылайтесь на божественный промысел»*.

Когда свидетель говорит: как перед иконой, как на духу и т. п., это оттенок его показания и только. Но когда прокурор заявляет присяжным: *«Здесь пытались уничтожить улики; попытка эта, слава богу, не удалась»*, или защитник восклицает: *«Ей богу! здесь нет доказательств»*, это нельзя не назвать непристойностью.

В английском суде и стороны, и судьи постоянно упоминают о боге: *Боже сохрани! Я молю Бога! Господи, пощади мою душу!* и т. п. Человек, называющий себя христианином, обращается к другому человеку и говорит ему: *мы вас повесим и подержим в петле на полчаса, пока не последует смерть; да примет вашу душу милосердый господь!*

Я не могу понять этого. Суд не божеское дело, а человеческое; мы творим его от имени земной власти, а не по евангельскому учению. Насилие суда необходимо для существования современного общественного строя, но оно остается насилием и нарушением христианской заповеди»²⁴. Основанием такого вывода является противопоставление позитивного права и христианской морали. Такие взгляды заслуживают поддержки лишь в той части, когда религиозная полемика превращается в недопустимое психическое давление. Это

²⁴ Сергеич П. (Пороховщиков П. С.). Искусство речи на суде. Тула, 2000. С. 34.

случаи построения речи на бесполезности наказания, на христианском всепрощении, на «не суди и не судим будешь». Такая примитивная риторика скорее свидетельствует о невежественности и, конечно, будет пресечена председательствующим. Поэтому сомнительными выглядят знаменитые истории со священником, либо с пересказом церковного богослужения в зале суда. Недопустимым, например, представляется оценка Плевако «слезливых» показаний обвиняемого Росковшенко, как – *«вы, значит, видели совершенно искренние слезы, а в Писании сказано есть: «блаженны плачущие – они утешатся!..»* (с. 252). Эти примеры лишь свидетельствуют о неоднородности адвокатского наследия и о необходимости индивидуального подхода к каждому риторическому приему.

Однако исследование только контрастов между правом и религиозными догмами представляется неплодотворным и обездушенным. Эти ценности не только неразнополярны, но и во многом едины и взаимообусловлены. Именно на поприще согласия норм Писания и правовых актов можно достичь успеха. Для этого нужно только глубокое понимание нравственного и социального значения этих правил человеческого общежития, а также искренность собственной души, убеждающая без фальши и сомнений. Собственно, это и демонстрирует Плевако в одной из речей: *«...Внешнее, обрядовое исполнение веры не противоречит дурно настроенному духу, что дух возвышается от усвоения внутренних требований веры.<...> для меня христианство – не система привилегированной метафизики, а нечто более святое, и в этой области я могу распознаться...»* (с. 233–234).

Именно нравственная монолитность задает силу «плевакинской» речи, а не удачные попадания в библейские тексты. Именно вера в «здоровое» право заставляет присяжных и судей прислушаться к совести. Именно высота его воззрений отрывает от житейских неурядиц и заставляет увидеть новые горизонты жизни. Именно поэтому подражать Плевако, а тем более говорить «под него» невозможно!

Обращение Плевако к христианскому сознанию как присяжных, так и судей нацелено на формирование у них определенных выводов с целью убеждения в пользу доверителя. Исключительно с этих позиций религиозно-этические аспекты его выступлений отвечают назначению и смыслу профессионального представительства – всемерному обеспечению интересов клиента и достижению благоприятного для него результата. Естественно, законными средствами, приемлемыми с точки зрения этики. Поэтому судебная речь может лишь в той мере отвечать интересам общества, государства и в тех границах растворяться в принципах человеческого общежития, пока это соответствует интересам представляемого. Это и есть тот излом личных и общественных интересов, паритетное соотношение которых так трудно сбалансировать. Но у «митрополита адвокатуры» был свой рецепт. Его точно подметил В. А. Маклаков: «Пощада виновному, милосердие, жалость – все это не только почтенные, но и понятные чувства; но против них разум выдвигает ряд аргументов, столь же неотразимых умом: интерес государственного порядка, общественной безопасности, уважение к закону и праву. Но Плевако не нужно было, как другим,

в угоду хорошему чувству на многое заглушать голос разума. Его христианское миросозерцание устраняло трагизм такого конфликта. Личность, душа человека была для него в центре всего. Принести ее в жертву нельзя ничему, ни во имя чего!»²⁵.

²⁵ Маклаков В. А. Указ. соч. С. 110.

Воронежский государственный университет

Зотов Д. В., кандидат юридических наук,
доцент, заведующий кафедрой
организации судебной власти и правоохранительной деятельности

Voronezh State University

Zotov D. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Head of the
Organization of Judicial Authority and Law Enforcement Activity Department
E-mail: zotov78@mail.ru

АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЕ СОДЕРЖАНИЕ ПРАВОВОЙ КАТЕГОРИИ «ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОК»

Рассмотрены проблемные аспекты понимания правовой категории «публичный порядок», исследованы законодательство и судебная практика, позволяющие сделать вывод об отсутствии единого понимания данной категории, предложено понимание публичного порядка как административно-правового института, обеспечивающего законность в сфере управления.

К л ю ч е в ы е с л о в а: публичный порядок, законность в сфере государственного управления.

ADMINISTRATIVE AND LEGAL CONTENT OF THE LEGAL CATEGORY «PUBLIC ORDER»

The article examines the problematic aspects of understanding the right category of «public order», examines the legislation and judicial practice, which make it possible to conclude that there is no common understanding of the category, suggests an understanding of public order as an administrative and legal institution that ensures the rule of law in the field of public administration.

К e y w o r d s: public order, legality in public administration.

Поступила в редакцию 8 сентября 2020 г.

Полноценным судебным контролем за действиями и решениями органов государственного управления и их должностных лиц, государственных и муниципальных служащих, безусловно, в настоящее время является сформированный в Российской Федерации институт административного судопроизводства, который обеспечивает защиту прав и свобод человека и гражданина. Как и многим другим авторам, которым небезразлична проблема защиты прав и свобод граждан в современных условиях функционирования государственного управленческого аппарата, нам импонируют оптимальный вариант решения данной проблемы путем не только законодательного закрепления и формирования отдельного вида судопроизводства, но и реформирования судебной системы и формирования самостоятельной ветви специализированных судов. Несомненно, процессуальная деятельность, обеспечивающая правомерные действия и решения органов публичной власти и их должностных лиц, является одним из способов обеспечения *публичного порядка*.

Остановимся подробнее именно на данной правовой категории, незаслуженно выпавшей из дискуссий ученых-административистов. Являясь по своей правовой природе публично-правовой категорией, данный правовой институт никогда не рассматривался как таковой. Научный пробел исследования кате-

гории «публичный порядок» учеными школы публичного права, отсутствие научных трудов, в которых исследовалась бы государственно-правовая природа публичного порядка, привело к недостатку изученности данной проблемы и отсутствию надлежащего толкования рассматриваемой правовой категории.

Анализ законодательства Российской Федерации и судебной практики позволяет сделать вывод об отсутствии единого понимания публичного порядка. Данная правовая категория фрагментарно прослеживается в федеральном законодательстве и в основном употребляется в контексте «оговорки о публичном порядке» в международном частном праве и в гражданском процессе. Так, в ст. 1193 Гражданского кодекса РФ «Оговорка о публичном порядке» закреплено, что норма иностранного права, подлежащая применению, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (*публичному порядку*) Российской Федерации с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом¹. Как видно из содержания данной правовой нормы категория «публичный порядок» представлена в российском законодательстве через институт оговорки, предусматривающей отступление от правил международного частного права.

Дальнейшее закрепление категории «публичный порядок» прослеживается в российском процессуальном законодательстве. Статьей 417 Гражданского процессуального кодекса РФ установлены случаи отказа в признании и исполнении решения иностранного третейского суда, одним из которых является установление судом противоречия данного решения *публичному порядку* Российской Федерации².

Такие же правила закреплены в Арбитражном процессуальном кодексе РФ. Так, арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда полностью или в части в случае, если исполнение решения иностранного суда противоречило бы *публичному порядку* Российской Федерации (ст. 244 АПК РФ)³. Аналогичные нормы содержатся в Законе РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 34, 36)⁴.

Еще одним законодательным актом, в котором употребляется термин «публичный порядок», является Семейный кодекс РФ. Согласно ст. 167 нормы иностранного семейного права не применяются в случае, если такое применение противоречило бы основам правопорядка (*публичному порядку*) Российской Федерации⁵. Таким образом, в настоящее время правовое обеспечение

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) : федер. закон от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ (в ред. от 18.03.2019) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 49. Ст. 4552 ; 2019. № 12. Ст. 1224.

² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (в ред. от 02.12.2019) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 46. Ст. 4532 ; 2019. № 49 (ч. 5). Ст. 6965.

³ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (в ред. от 02.12.2019) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 30. Ст. 3012 ; 2019. № 49 (ч. 5). Ст. 6965.

⁴ Рос. газета. 1993. 14 авг.

⁵ Семейный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 29 декабря 1995 г. № 223-

публичного порядка в основном прослеживается в сфере международного частноправового регулирования.

Категория «публичный порядок» также нашла свое отражение в действующем до настоящего времени постановлении ЦИК и СНК СССР от 7 августа 1937 г. «Положение о переводном и простом векселе»⁶, в котором говорится об акте, составленном в *публичном порядке*. В данном нормативном акте указанная категория употребляется не в качестве системы публично-правовых отношений, в которой соблюдаются законы и административные предписания, а как способ составления публично-правового акта.

Неоднозначное видение «публичного порядка» прослеживается в судебной практике. Так, Верховный Суд РФ под *публичным порядком* понимает фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства (п. 45)⁷. Одновременно с данной позицией в иных обзорах судебной практики можно встретить позицию высшей судебной инстанции, согласно которой проводится аналогия публичного и общественного порядка (п. 10)⁸. Кроме того, Верховный Суд РФ *причинение ущерба публичному порядку* определяет как вред, причиняемый общественным отношениям, и как элемент объективной стороны состава административного правонарушения (п. 26)⁹.

Проанализировав действующее законодательство Российской Федерации, в нормах которого неполно закреплена правовая категория «публичный порядок», напрашивается вывод, что законодательная власть так и не смогла нормативно установить содержание данной правовой категории. В связи с этим рассмотрим содержание публичного порядка с позиций публичного права, а именно административно-правового содержания публичного порядка.

Несмотря на образовавшийся научный вакуум в административно-правовом исследовании данной проблемы, учеными других отраслей права все же предпринята попытка анализа публичного порядка в международном праве, международном частном праве и гражданском процессе. Так, категория публичного порядка была косвенно затронута в диссертационном исследова-

ФЗ (в ред. от 06.02.2020) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 1. Ст. 16 ; 2020. № 6. Ст. 589.

⁶ О введении в действие Положения о переводном и простом векселе : постановление ЦИК СССР и СНК СССР от 7 августа 1937 г. № 104/1341 // Собр. законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР. 1937. № 52. Ст. 221.

⁷ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 5 (2017) : утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27 декабря 2017 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 12.

⁸ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2016) : утв. Президиумом Верховного Суда РФ 13 апреля 2016 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 11–12.

⁹ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 (2017) : утв. Президиумом Верховного Суда РФ 15 ноября 2017 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 11.

нии Р. Ш. Хасянова, который отмечает, что публичный порядок традиционно рассматривается в рамках частного права, что «не соответствует его природе, существу и функциям»¹⁰. Исследовав публичный порядок в международном праве и правовых системах государств, автор определяет международный и европейский публичный порядок как состояние правовой урегулированности отношений, характеризующееся определенной организованностью и упорядоченностью отношений всех участников межгосударственных отношений¹¹.

Исследованием публичного порядка, от буквального толкования этого термина до понимания его как правового института, занимался С. В. Крохалев. Согласно его точке зрения, публичный порядок является универсальным и трансдисциплинарным понятием, а в его содержание входят высшие ценности, необходимые и фундаментальные для конкретного общества¹². Вместе с тем автор рассматривает публичный порядок как юридический механизм разрешения конфликтов, т. е. ограничивается его пониманием лишь в рамках гражданского процесса.

Правовое обеспечение публичного порядка в сфере международного частноправового регулирования также исследовано и другими авторами, полагающими, что под публичным порядком следует понимать «интегративные правила поведения, закрепленные в морально-нравственных традициях и ментальной природе общества, служащие регуляции соотношения частных и публичных интересов и сохранению целостности социальной общности»¹³.

Следует отметить недостаточность научных исследований, раскрывающих наиболее полное содержание категории «публичный порядок», а также исследование данной правовой категории лишь в контексте «оговорки о публичном порядке». Отсутствие четкого критерия для определения публичного порядка является основной проблемой для нормативного закрепления его содержания. В связи с этим возникает необходимость разграничивать категории публичного порядка и оговорки о публичном порядке, так как их содержательная сторона абсолютно разная. В содержание публичного порядка входят отношения по обеспечению надлежащей и эффективной системы управленческих отношений внутри государства, в то время как оговорка о публичном порядке является одним из способов обеспечения публичного порядка.

Несомненно, представления о публичном порядке могут быть разными не только в большинстве стран, но и в пределах страны в разные годы исторического развития. Таким образом, неоднозначные научные доктрины об

¹⁰ Хасянов Р. Ш. Европейский публичный порядок, европейское правовое пространство и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод : их соотношение и взаимодействие : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. С. 9.

¹¹ См.: Там же. С. 16.

¹² См.: Крохалев С. В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. Сравнительное исследование на основе правовых систем России и Франции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 13.

¹³ Гизетдинова И. Ю. «Публичный порядок» в международном частном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 6–7.

узком понимании публичного порядка как института международного права, ссылающиеся при этом на публично-правовое его происхождение, еще раз подчеркивают важность исследования публичного порядка как государственно-властного, как административно-правового института, обеспечивающего законность в сфере государственного управления.

Воронежский государственный университет

Уткин Д. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры организации судебной власти и правоохранительной деятельности

Voronezh State University

Utkin D. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Organization of Judicial Authority and Law Enforcement Activity Department

E-mail: dut@mail.ru

РАССОГЛАСОВАННОСТЬ НОРМ ОБЩЕЙ И ОСОБЕННОЙ ЧАСТЕЙ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА НА ПРИМЕРЕ ИНСТИТУТА СОУЧАСТИЯ

Представлено сопоставление норм Общей и Особенной частей Уголовного кодекса РФ относительно форм соучастия, закрепленных в статье 35 УК РФ 1996 г. Обращается внимание на несоответствие положений статей Особенной части, предусматривающих ответственность за преступное сообщество, террористическое сообщество, террористическую организацию, экстремистское сообщество и экстремистскую организацию.

К л ю ч е в ы е с л о в а: формы соучастия, организованная группа, преступное сообщество, преступная организация, террористическое сообщество и организация, экстремистское сообщество и организация.

INCONSISTENCY OF THE NORMS OF THE GENERAL AND SPECIAL PARTS OF THE CRIMINAL CODE ON THE EXAM- PLE OF THE INSTITUTE OF COMPLICITY

The article presents a comparison of the norms of the General and special part of the criminal code of the Russian Federation on the forms of complicity enshrined in article 35 of the criminal code of 1996. Attention is drawn to the inconsistency of the provisions of the articles of the special part, providing for responsibility for the criminal community, terrorist community, terrorist organization, extremist community and extremist organization.

К е у w o r d s: forms of complicity, organized group, criminal community, criminal organization, terrorist community and organization, extremist community and organization.

Поступила в редакцию 5 сентября 2020 г.

Хаотичное и многократное внесение изменений в Особенную часть Уголовного кодекса РФ порой входит в противоречие с положениями Общей части уголовного закона, что нарушает один из принципов построения кодифицированных актов, в которых содержание норм Общей части должно соответствовать нормам Особенной части.

Это наглядно можно наблюдать на сопоставлении ст. 35 УК РФ 1996 г. и статьях Особенной части, закрепляющих ответственность за преступное сообщество и преступную организацию (ст. 205.4, 205.5, 210, 282.1, 282.2 УК РФ). Часть 4 ст. 35 устанавливает, что «преступление признается совершенным преступным сообществом (преступной организацией), если оно совершено структурированной организованной группой или объединением организованных групп, действующих под единым руководством, члены которых объединены в целях совместного совершения одного или нескольких тяжких либо особо тяжких преступлений для получения прямо или косвенно финансовой или иной материальной выгоды». Как следует из данного текста, понятия «пре-

ступное сообщество» и «преступная организация» тождественные и совпадают по признакам.

Это подтверждает и Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участия в нем (ней)»¹, которое в п. 3 обращает внимание судов «иметь в виду, что преступное сообщество (преступная организация) может осуществлять свою преступную деятельность либо в форме структурированной организованной группы, либо в форме объединения организованных групп, действующих под единым руководством. При этом закон не устанавливает каких-либо правовых различий между понятиями «преступное сообщество» и «преступная организация».

Данное положение не является последовательным в судебной практике. В других постановлениях Пленум придерживается иной позиции. Так, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности»² говорится, что «для признания организованной группы террористическим сообществом не требуется предварительного судебного решения о ликвидации организации в связи с осуществлением террористической деятельности», а для террористической организации вопрос о привлечении к «уголовной ответственности за преступления, предусмотренные статьей 205.5 УК РФ, связан с официальным опубликованием сведений о признании соответствующей организации террористической и запрете ее деятельности на территории Российской Федерации по решению суда».

Истоки такой непоследовательности Верховного Суда заложены самим законодателем. Федеральный закон от 6 марта 2006 г. № 35-ФЗ (в ред. от 06.07.2016) «О противодействии терроризму» в ст. 24 устанавливает: «Организация признается террористической и подлежит ликвидации (ее деятельность – запрещению) по решению суда на основании заявления Генерального прокурора Российской Федерации или подчиненного ему прокурора в случае, если от имени или в интересах организации осуществляются организация, подготовка и совершение преступлений, предусмотренных статьями 205–206, 208, 211, 220, 221, 277–280, 282.1–282.3, 360 Уголовного кодекса Российской Федерации, а также в случае, если указанные действия осуществляет лицо, которое контролирует реализацию организацией ее прав и обязанностей. Решение суда о ликвидации организации (запрете ее деятельности) распространяется на региональные и другие структурные подразделения организации. Террористической организацией, деятельность которой подлежит запрещению (а при наличии организационно-правовой формы – ликвидации), также призна-

¹ О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участия в нем (ней) : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 июня 2010 г. № 12. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 9 февраля 2012 г. № 1 (в ред. от 03.11.2016). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ется террористическое сообщество в случае вступления в законную силу обвинительного приговора по уголовному делу в отношении лица за создание сообщества, предусмотренного статьей 205.4 Уголовного кодекса Российской Федерации, за руководство этим сообществом или участие в нем»³.

В сложившейся ситуации возникает несколько вопросов: о соотношении понятий «преступное сообщество» и «преступная организация», их принципиальном отличии, а также соотношении преступного сообщества (организации) в нормах Общей части и конкретных составов – Особенной части. Если признать, что отдельные составы норм Особенной части являются только частными случаями положений Общей части, т. е. совпадают по структуре и принципам организации и отличаются только по целям преступной деятельности, то необходимо вносить изменения в редакцию ст. 35 УК РФ. Если придерживаться противоположной позиции и рассматривать их как самостоятельные составы, а не разновидности преступного сообщества (организации), то зачем нужна ст. 35 УК РФ? Например, бандитизм не указан в ст. 35, но в то же время по сложившейся практике относится к соучастию.

В теории мнения также разделились. Одни ученые считают, что всё отличие между ст. 205.4 и 205.5 УК РФ сводится к отсутствию или наличию судебного решения о запрете организации, являющейся террористической. А поскольку этот запрет не имеет уголовно-правового значения и не влияет на применение ст. 205.4 УК РФ, то норму, закрепленную в ст. 205.5 УК РФ, следует признать избыточной, а террористическое сообщество и террористическая организация – это, по сути, одно и то же⁴. Другие ученые, напротив, полагают, что «преступное сообщество» и «преступная организация» – самостоятельные понятия и в целом не имеют связи со ст. 35 УК РФ⁵. При этом террористическое и экстремистское сообщества ближе к понятию организованной группы, так как при их определении законодатель использует понятие «устойчивость», а не «структурированность». Ученые, учитывая положения ст. 35 УК РФ, пытаются имеющимися инструментами разграничить новые составы. Эту попытку нельзя признать удачной, поскольку организованная группа и преступное сообщество характеризуются разными признаками.

Если изучить историю замены понятий в уголовном законодательстве, связанных с разновидностями соучастия, можно заметить, что еще в Указе Президиума Верховного совета СССР от 4 июня 1947 г. «Об уголовной ответственности за хищение государственного и общественного имущества» впервые была предусмотрена ответственность за хищение государственного имущества организованной группой (шайкой). Законодатель подчеркнул общность признаков организован-

³ О противодействии терроризму : федер. закон от 6 марта 2006 г. № 35-ФЗ (в ред. от 06.07.2016) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2017). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ См.: Сипки М. В. Организация деятельности террористической организации и участие в деятельности такой организации (ст. 205.5 УК РФ). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ См.: Парог А. И. Уголовный кодекс России против терроризма // Lex russica. 2017. № 4. С. 155–178 ; Хлебушкин А. Организация деятельности террористической организации и участие в деятельности такой организации (ст. 205.5 УК РФ) : уголовно-правовая характеристика и квалификация // Уголовное право. 2014. № 2. С. 82.

ной группы и шайки. В дальнейшем из текста закона постепенно исчезло понятие «шайка», его заменили на новое понятие – «организованная группа». Возможно, в УК РФ 1996 г. понятия «преступное сообщество» и «преступная организация» рассматривались как тождественные и предполагалась их постепенная замена на понятие «преступная организация», которое в лексическом смысле точнее отражает признаки этой разновидности, указывая на ее структуру.

Действующие изменения уголовного закона показывают, что законодатель отошел от такой идеи, пытаясь сформулировать данные понятия как самостоятельные и расширить круг форм соучастия. При подобном подходе возникает необходимость проведения дифференциации преступного сообщества и организации. Но судебная практика показывает, чем больше разновидностей выделяется, тем сложнее провести отличие одного случая от другого.

В нормах Особенной части мы начинаем использовать такие понятия, которые не раскрываются в нормах Общей части, и выходим за рамки ее содержания. Нормы Особенной части начинают жить своей самостоятельной жизнью. Это приводит к противоречиям не только закона, но и судебной практики.

Решения по конкретным уголовным делам свидетельствуют об отсутствии четкой позиции. Происходит путаница с тремя формами соучастия: организованная группа, преступное сообщество, преступная организация.

Так, Верховный Суд РФ указывает, что «Ованесян признан судом виновным и осужден за участие с мая по сентябрь 2016 г. в деятельности организации, которая в соответствии с законодательством Российской Федерации признана террористической; за участие с мая по сентябрь 2016 г. в террористическом сообществе, т. е. в устойчивой группе лиц, заранее объединившейся в целях осуществления террористической деятельности»⁶.

Из данного решения видно, что преступное сообщество и преступная организация – это разные понятия, но при этом преступное сообщество – это устойчивая группа, а признак устойчивости по ст. 35 УК РФ характерен для организованной группы.

На наш взгляд, необходимо: 1) привести в соответствие и единую систему формы соучастия, закрепленные в законодательстве; 2) отказаться от понятия «преступная организация» как тождественного понятию «преступное сообщество», закрепить понятие «преступная организация» как самостоятельную форму, а понятие «преступное сообщество» исключить из системы, поскольку в ст. 205.4, 282.1 Особенной части оно характеризуется как организованная группа.

⁶ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 5 декабря 2017 г. № 201-АПУ17-47. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

*Воронежский государственный университет
Белова Н. В., доцент кафедры уголовного права*

*Voronezh State University
Belova N. V., Associate Professor of the Criminal Law Department
E-mail: b2alex@rambler.ru*



А. Дюрер. «Немезида»

КАРАЮЩЕЕ ПРАВОСУДИЕ

*Кличу царицу великую я, Немезиду богиню!
Многopleменных людей наблюдаешь, всезрящая, жизни.
В радость одной лишь, почтенной, тебе справедливые речи.
Ведая стыд, ненавидишь нетвердое, хитрое слово.
Смертный люд, налагатель ярма, пред тобою трепещет.
Мысли людей заботят тебя, от тебя не сокрыться
В общем потоке речей, душе, возмнившей чрезмерно, –
Всё ты увидишь, всё ты услышишь, всё ты рассудишь.
Смертных судить – тебе, демон из всех величайший
Ныне явись, о блаженная, мистам помощницей вечной,
Образ их мыслям даруя благой, устрани, о святая,
Злобу, греховность и спесь в переметных и скачущих мыслях!*
Гимн Немезиде. Неизвестный автор II – III вв.

Немезида – греческая богиня возмездия и справедливого наказания, одна из наиболее древних и почитаемых в Греции. Немезида наблюдает за справедливым распределением благ среди людей (греч. *nemō* – разделяю) и обрушивает свой гнев (греч. *nemesao* – справедливо негодую) на тех, кто преступил закон. В зависимости от поступков людей Немезида одаряла их благами или несчастьями. От нее не может укрыться ни одно преступление, поскольку ее взгляд пронизывает всю Вселенную. После совершения зла богиня срывается с высоты небес и карает преступника. Немезида считалась воплощением самой судьбы, поскольку ее нельзя было обмануть или перехитрить.

Немезида традиционно изображалась обнаженной с атрибутами надзора за порядком (весы, уздечка), неотвратимого наказания (меч или плеть), быстроты воздаяния (крылья или колесница, запряженная грифонами) и соразмерности кары (согнутая рука в локте). Кроме того, у Немезиды есть верная соратница и спутница – Фемиды, которая также занималась «вопросами юстиции». Однако для нее важнее было восстановить справедливость, в то время как для Немезиды – наказать преступника. Фемиды отвечала за правосудное решение, а Немезида за его исполнение.

Выдающийся мастер немецкого Возрождения Альбрехт Дюрер дает свое графическое видение богине возмездия. Его крылатая Немезида, балансируя на шаре, парит над миром, где города, реки, леса и горы ничтожны с ее исполинскими формами и такими же возможностями. Хомут и уздечка в одной руке – предостережение тому, кто не знает меры. Другой рукой она протягивает драгоценный кубок, в котором находится напиток прельщения жизнью: и сладкий, и горький одновременно. Она немолода, обнажена, тело ее далеко от классических идеалов, но все это не стесняет ее величавость, не сковывает внутренний дух. Ее лукавый взгляд и чуть заметная улыбка не оставляют надежды на возможное милосердие и

снисхождение. «Перекатывая» небеса под собой, она – неутомимая властительница жизни, где за любым деянием грядет воздаяние.

«Немезида» Дюрера изумительно вплетается в гуманистические ренессансные идеи, связанные с ролью Провидения, нашим Предназначением в этом мире и последствиями пребывания в нем. В своей тончайшей гравюре Мастер философски разводит божественные безоблачно-беспощадные небеса с чарующим уютно-человеческим земным бытием. Их отделяет лишь тонкая облачная пелена, не позволяющая обрушиться карам на мирно-сытый бюргерский городок. И здесь явно чувствуется именно клишированная «немецкость» такой аллегии, ведь пелена эта не что иное, как Закон и Порядок!

Необычайная художественная одаренность, широта интересов, разносторонность знаний ставят Альбрехта Дюрера (1471–1528) в один ряд с титанами Возрождения. Богатство фантазии, глубина творческой мысли, талант и мастерство Дюрера наиболее полно проявились в области гравюры, поэтому ей по праву принадлежит ведущая роль в его наследии. Оценивая творчество Дюрера, его современник, выдающийся гуманист Эразм Роттердамский писал: «...чего только не может он выразить в одном цвете, то есть черными штрихами? Тень, свет, блеск, выступы и углубления, благодаря чему каждая вещь предстает перед взором зрителя не одной только своею гранью. Остро схватывает он правильные пропорции и их взаимное соответствие. Чего только ни изображает он, даже то, что невозможно изобразить – огонь, лучи, гром, зарницы, молнии, пелену тумана, все ощущения, чувства, наконец, всю душу человека, проявляющуюся в телодвижениях, едва ли не самый голос. Всё это он с таким искусством передает точнейшими штрихами и притом только черными, что ты оскорбил бы произведение, если бы пожелал внести в него краски». Лучше не скажешь!

Д. Зотов