

ИСКЛЮЧЕНИЯ В УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ РОССИИ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ И НОРМАТИВНАЯ РЕАЛИЗАЦИЯ ЭТОГО ФЕНОМЕНА НА ПРИМЕРЕ ЧАСТЕЙ ПЕРВОЙ И ВТОРОЙ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Дается определение и структурный анализ такой категории, как исключение в праве, которая рассматривается через призму формирования общепроцессуального механизма благоприятствования в уголовном процессе. Анализируются основные виды законодательно-инструментальной техники наполнения норм уголовно-процессуального права элементами, относящимися к категории исключений, а равно дается анализ первой и второй частей Уголовно-процессуального кодекса РФ с точки зрения наполнения конкретных уголовно-процессуальных норм элементами исключений, создающих в ряде случаев процессуальные режимы благоприятствования какой-либо из сторон в уголовном судопроизводстве России.

К л ю ч е в ы е с л о в а: право, закон, уголовный процесс, судопроизводство, процессуальный режим, исключения в праве, привилегия, иммунитет, правовая льгота, процессуальное преимущество, благоприятствование, сторона защиты, сторона обвинения.

EXCEPTIONS IN THE RUSSIAN TO THE CRIMINAL PROCEDURAL LAW OF RUSSIA: THEORETICAL ASPECT AND THE REGULATORY IMPLEMENTATION OF THIS PHENOMENON ON THE EXAMPLE OF THE FIRST AND SECOND PARTS OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

The article gives definition and structural analysis of such category as an exception in the law, which is seen through the prism of the formation of a common procedural mechanism of favour in the criminal process. The author analyses the principal legislative tool technology content of the norms of the criminal procedure law, the elements belonging to the category of forming the exceptions, as well as provides analysis of the first and second parts of the Criminal procedure code of the Russian Federation from the point of view of filling the specific rules of criminal procedure by the elements of the exception, which occasionally create procedural regimes favored with any of the parties in criminal proceedings in Russia.

Key words: law, criminal procedure, judicial proceedings, the procedural regime of exceptions in law, privilege, immunity, legal privilege, procedural advantage, favour, the defence, the prosecution.

Поступила в редакцию 1 февраля 2017 г.

Работая над научным диссертационным исследованием, посвященным процессуальному механизму благоприятствования защиты в уголовном судопроизводстве России, выступая на всевозможных научно-практических конференциях с данной темой, мы столкнулись с фактами весьма наглядного проявления непонимания и даже неприятия отдельными представителями юридической общности целесообразности заявленного исследования, мнение которых можно суммарно сформулировать так: «А почему это для стороны защиты должны быть

какие-то процессуальные преимущества и исключения в уголовном судопроизводстве?».

Принимая за основу принятый в научном мире постулат, что отрицательный отзыв на идею дает повод для мысли и развития куда больше, чем хвалебный, появилось желание проанализировать нормы уголовно-процессуального законодательства на предмет их построения и закрепления в них путем технико-юридического приема¹ процессуально-правовых исключений из общих правил, благодаря которым, по мнению С. С. Алексеева, законодатель искусно регулирует и всесторонне учитывает многообразие жизненных обстоятельств и с его помощью получает возможность «достигнуть высокой степени нормативных обобщений и тем самым усилить свойственную праву нормативность, а следовательно, усилить функции и роль права как нормативного регулятора»².

Однако, прежде чем перейти к конкретным уголовно-процессуальным нормам, содержащим исключения из общих правил, необходимо, на наш взгляд, дать краткую теоретическую характеристику такому феномену, как исключения в праве, являющемуся составной частью общего процессуально-правового механизма (режима) благоприятствования.

Конституция РФ³ (ч. 3 ст. 123) устанавливает, что судопроизводство в России осуществляется на основе состязательности и равноправия сторон. В. К. Случевский правильно отмечал, что «полное равноправие сторон – это идеал, к которому стремятся законодательства, его, однако же, никогда не достигая. Для жизненного осуществления этого принципа недостаточно признания равенства в правах сторон, а нужно, чтобы оно проявлялось и в равенстве средств их действия»⁴.

«Жизненность» правового принципа – важный критерий для оценки права через призму практического правоприменения, так как «право... не обусловленное реальным развитием общества, никак не следует понимать в качестве подлинного и действенного регулятора общественных отношений»⁵. В связи с этим дать сущностную характеристику и описать правовую природу процессуально-правового механизма благоприятствования, пусть даже без краткого, с учетом формата работы, описания и анализа таких формальных категорий процессуального права⁶, как процессуальный режим⁷, исключения⁸, привиле-

¹ См. об этом: *Муравьев И. А.* Законодательное исключение (теория, практика, техника) : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2009. С. 9 ; *Алексеев С. С.* Собр. соч. : в 10 т. М., 2010. Т. 2. С. 428–430.

² *Алексеев С. С.* Собр. соч. Т. 2. С. 429.

³ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. с учетом поправок, внесенных федеральными конституционными законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ и 7-ФКЗ, от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ, от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ // Рос. газета. 1993. 25 дек. ; Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 31. Ст. 4298.

⁴ *Случевский В. К.* Учебник русского уголовного процесса. Введение. Ч. 1 : Судостроительство / под ред. В. А. Томсинова. М., 2014. С. 82.

⁵ *Суменков С. Ю.* Исключения в праве : теоретико-инструментальный анализ / под ред. А. В. Малько. М., 2016. С. 13.

⁶ См.: *Павлушина А. А.* Юридический процесс : общее и особенное // Уголовное судопроизводство : теория и практика / под ред. Н. А. Колоколова. М., 2011. С. 19–65.

⁷ См.: Там же. С. 56.

⁸ См., например: *Суменков С. Ю.* Исключения в праве : теоретико-инструментальный анализ ; *Его же.* Исключения в праве : теоретические основы, юридическая оценка, системный анализ. Саратов, 2012 ; *Муравьев И. А.* Законодательное исключение (теория, практика, техника) :

гии⁹ и поощрения¹⁰ в праве, которые являются содержательным наполнением процессуального феномена благоприятствования, не представляется возможным. Более того, лишь через теоретико-философское обоснование априорного присутствия в праве элементов благоприятствования в широком понимании форм их существования только и допустимо формулирование выводов о необходимости наличия и совершенствования процессуального феномена благоприятствования защите в отечественном уголовно-процессуальном праве.

Так, А. А. Павлушина предлагает для формирования дефиниции процессуального режима обратиться к его общетеоретическому понятию¹¹, которое, по мнению О. С. Родионова, подразумевает «установленный законодателем особый порядок регулирования, представленный специфическим комплексом правовых средств, который при помощи ... сочетания стимулирующих и ограничивающих элементов создает конкретную степень благоприятствования или неблагоприятствования в целях... реализации субъектами права своих интересов»¹².

С. Ю. Суменков предлагает называть всю совокупность таких стимулирующих или ограничивающих элементов исключениями в праве, цель которых – выведение «из-под действия общего правила определенного компонента из тех общественных отношений, которые в целом подпадают под юрисдикцию этого правила»¹³.

Им же в теоретическое поле этого вопроса введена соответствующая классификация, которая все исключения в праве подразделяет на исключения-ограничения (обязанности, запреты и сами ограничения) и исключения-дозволения, которые, в свою очередь, делятся на льготы, привилегии, иммунитеты¹⁴.

Обязанности, запреты и ограничения в силу однозначности их толкования, имеющегося в теории права в данной статье разбирать не будем; приведем лишь краткие характеристики составных частей исключений-дозволений с учетом последующего анализа процессуальных норм действующего уголовно-процессуального законодательства России.

В настоящее время в теории права под «правовой льготой» как составляющей класса исключений-дозволений, являющихся в свою очередь важным структурным элементом процессуального механизма благоприятствования, понимается

дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2009 ; Морозова И. С. Юридические исключения как объект научного исследования // *Юридическая мысль*. 2006. № 6. С. 19–30.

⁹ См., например: *Малько А. В., Морозова И. С.* Привилегии как специфическая разновидность правовых льгот // *Правоведение*. 1999. № 4. С. 143–156 ; *Суменков С. Ю.* Привилегии и иммунитеты как общеправовые категории : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 9 ; *Малько А. В., Суменков С. Ю.* Привилегии и иммунитеты как особые правовые исключения. Пенза, 2005 ; *Морозова И. С.* Основы теории правовых льгот : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2007 ; *Алексеев С. С.* Собр. соч. Т. 2. С. 226–468.

¹⁰ См., например: *Поощрительные санкции в праве : общетеоретический и отраслевой аспекты / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2016 ; Суменков С. Ю.* Исключительные поощрительные санкции : понятие и сущность // *Поощрительные санкции в праве : реальность и юридическая конструкция / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько.* Саратов, 2008. С. 261–271 ; *Малько А. В., Суменков С. Ю.* Привилегии и иммунитеты как особые правовые исключения.

¹¹ См. об этом: *Павлушина А. А.* Указ. соч. С. 56.

¹² *Родионов О. С.* Механизм установления правовых режимов российским законодательством : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 38.

¹³ *Суменков С. Ю.* Исключения из правил как изъятия : сущностная характеристика в контексте правового регулирования // *Правовая политика и развитие российского законодательства в условиях модернизации : сб. докладов / под ред. А. В. Малько, В. М. Шафировой, А. В. Усса.* Красноярск, 2012. С. 297–302.

¹⁴ См.: *Суменков С. Ю.* Исключения в праве : теоретико-инструментальный анализ . С. 75–76.

«разновидность юридических исключений, участвующих в создании специфического правового режима, в рамках которого субъект (*человек, государство*) (курсив наш. – С. С.) наделяется дополнительными возможностями юридического характера, связанными как с совершенствованием правомочий (дополнительные преимущества), так и с уменьшением объема различного рода должностований (нормативные изъятия)»¹⁵.

В качестве исключения из правил рассматривается и привилегия¹⁶, априори классифицируемая как исключительное право¹⁷, представляющее собой преимущество, которым нормативно закрепляется исключение из общих правил, направленное на конкретно установленный целевой субъектный состав с целью «создания режима наибольшего благоприятствования для субъектов, ею обладающих»¹⁸.

Правовой иммунитет в теории права определяется как разновидность привилегии и представляет собой особую материально-правовую привилегию¹⁹, закрепляющую особенное по сравнению с обычным правовое регулирование²⁰, распространяющуюся на строго указанных в нормах права субъектов и регламентирующую «их специальный статус путем надления дополнительными гарантиями и преимуществами при привлечении к юридической ответственности или выполнении определенных обязанностей»²¹.

Поощрения в праве рассматриваются как юридический стимул²², реализующийся в «форме правоприменения, которое выражается в принятии компетентными органами индивидуально-властных велений, содержащих в себе дополнительные блага, представляемые конкретным субъектам за достижение положительных результатов деятельности, превосходящих обычные»²³.

Предполагается крайне важным отметить, что все вышеперечисленные правовые феномены, являющиеся структурным наполнением благоприятствования в праве, обладают одним, но сдвоенным признаком: все они являются государственно-властным велением, выраженным в тексте официального нормативного источника²⁴.

Таким образом юридические исключения в праве, в том числе и процессуальном, являются реально существующими, при этом их влияние на нормативно-ценностную регулятивную роль права должно рассматриваться как не менее важное и значительное в сравнении с аналогичной ролью общих, единых правил и эталонов юридического поведения, установленных общеправовыми нормами. При этом весьма ярко проявился важнейший качественный юридико-технический критерий всех правовых норм, составляющих наполнение феномена благоприят-

¹⁵ Морозова И. С. Теория правовых льгот : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2007. С. 24 ; *Ее же*. Основы теории правовых льгот / под ред. А. В. Малько. Саратов, 2007. С. 67.

¹⁶ Привилегия – от лат. *privilegium*, где *privus* – особый и *lex* – закон.

¹⁷ См., например: *Афанасьева В. И.* Привилегия как источник исключительного права в процессе становления и развития патентного права в России X–XIX веков : историко-правовое исследование : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007.

¹⁸ *Суменков С. Ю.* Исключения в праве : теоретико-инструментальный анализ. С. 72.

¹⁹ *Малько А. В. Суменков С. Ю.* Указ. соч. С. 127.

²⁰ См., например: *Исаенков А. А.* Иммунитеты в гражданском процессуальном праве России : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2016. С. 15.

²¹ Цит. по: *Суменков С. Ю.* Исключения в праве : теоретико-инструментальный анализ. С. 74.

²² См.: Поощрительные санкции в праве : общетеоретический и отраслевой аспекты / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2016. С. 17.

²³ Там же.

²⁴ См.: *Суменков С. Ю.* Исключительные поощрительные санкции : понятие и сущность.

ствования как ценностных ориентиров государства, реализованных путем дифференцированного подхода к механизмам регулирования общественных отношений и имеющих обязательное закрепление в позитивных нормах права. Этот критерий позволяет праву как регулирующей системе наиболее точно рассчитать силу воздействия и место ее приложения, делая праворегулирующий процесс более продуманным и целенаправленным²⁵. Причем речь здесь идет именно о регуляции всеобщей равной меры, которая в совокупности со свободой и справедливостью составляет «триединство сущностных норм права»²⁶.

Аристотель писал, что «справедливость – понятие относительное и различается столько же в зависимости от свойств объекта, сколько и свойств субъекта», а равенство по Аристотелю – «это некая середина между избытком и недостатком». Середина же, по словам Стагирита, по отношению к людям – «это то, что не избыточно и не недостаточно, и такая середина не одна и не одинакова для всех»²⁷.

Таким образом, будучи средством юридической дифференциации²⁸ такой «неодинаковости», элементы благоприятствования, присутствующие в позитивном праве, не нарушают принципа всеобщей равной меры, а являются процессуально-правовым механизмом компенсационного характера для ее фактического, а не формального наполнения. Государство соглашается, что при определенном нормативно-организованном порядке достичь реального равенства сторон, участвующих в правоотношениях, невозможно, в связи с этим в соответствующий нормативный акт включаются элементы благоприятствования, которые путем отклонения от единых, типизированных правил нормативного регулирования позитивно влияют на объем возможных средств действия конкретного субъекта правоотношений и обеспечивают дополнительные гарантии соблюдения его прав.

Рассмотрев через призму вышеприведенного анализа общеправового механизма благоприятствования и его структурных элементов первую и вторую части действующего УПК РФ, приходим к очевидному выводу, что элементы благоприятствования в виде исключений, привилегий, иммунитетов, льгот, запретов, обязанностей, ограничений и преимуществ в полной мере присущи уголовно-процессуальному законодательству.

Так, из 249 уголовно-процессуальных норм, составляющих в настоящее время ч. 1 и 2 УПК РФ, 60 содержат те или иные нормативно закрепленные исключения.

Общие положения уголовно-процессуального закона (ч. 1 УПК РФ) содержат 39 норм-исключений, отдельные из которых могут содержать различные по своим качественным и классификационным характеристикам изъятия. Как верно подметил С. Ю. Суменков, неисчерпаемое многообразие общественных отношений делает невозможным исчерпывающую классификацию исключений²⁹. В связи с этим он предлагает их общую классификацию свести к категориям детерминантов

²⁵ См.: Морозова И. С. Синергетическая детерминация юридических исключений // Современное право. 2007. № 1. С. 62–66; Суменков С. Ю. Норма права как выражение юридических исключений // Рос. юрид. журнал. 2009. № 2. С. 17–21.

²⁶ Нерсесянц В. С. Философия права : либертарно-юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3. С. 3–15. URL: <http://www.libertarium.ru/1957#footnoteret3> (дата обращения: 14.01.2017).

²⁷ Цит. по: Батиев Л. В. Закон и право в философии Аристотеля // Правоведение. 2004. № 3. С. 165–178.

²⁸ См.: Морозова И. С. Синергетическая детерминация юридических исключений. С. 62.

²⁹ См.: Суменков С. Ю. Исключительные поощрительные санкции : понятие и сущность.

закрепления исключений в правовых нормах: а) субъективные факторы; б) объективные причины и обстоятельства³⁰.

И. А. Муравьев справедливо отмечал, что лексический инструментарий законодательного органа для обозначения исключений весьма обширен³¹ и наличие исключения в правовой норме далеко не всегда определяется применением этого слова, напротив, достаточно часто для их обозначения применяются вполне нейтральные слова, такие как «вместо», «наряду», «в том случае», «кроме», «если иное» и др.

В частности, ст. 4 УПК РФ, устанавливая общее правило действия уголовно-процессуального закона во времени, закрепляет определенное исключение из этого правила с использованием фразы «если иное не установлено настоящим Кодексом». Аналогичное по строению исключение наблюдаем и в ч. 3 ст. 1 и в ч. 1 и 2 ст. 2 УПК РФ.

Часть 3 ст. 1 УПК РФ с точки зрения характеристики изложенного в ней исключения из общего правила относительно порядка уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации, устанавливаемого исключительно УПК РФ (ч. 1 ст. 1), основанным на Конституции РФ, может быть охарактеризована еще и как исключение, ставшее правилом. В парной категории правило-исключение доминантное значение всегда присуще именно правилу. Однако если исключение начинает в результате в том числе произошедшей в обществе «переоценки ценностей»³² «брать верх» над правилом, то оно (исключение) возводится в ранг правила. УПК РСФСР 1960 г. в ст. 1 не делало никаких исключений относительно порядка производства по уголовным делам на территории РСФСР. Изменение государственного устройства, образование нового государства – Российской Федерации – и принятие в 1993 г. Конституции РФ, официально закрепившей положение о том, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ), стало катализатором законодательной трансформации правила путем введения в него определенного исключения, которое в настоящее время само рассматривается как безусловное правило при отправлении уголовного судопроизводства.

В ряде случаев, формируя уголовно-процессуальные нормы, законодатель даже не пользуется некой специальной синтаксической формулой для обозначения исключения, а изначально формулирует ее с использованием классификаторов-исключений, например таких, как правовой иммунитет (см. ч. 2 ст. 3 УПК РФ), или как исключение-привилегия по субъектной характеристике (ч. 3 ст. 27; п. 21 ч. 2 ст. 42; ч. 2, 2.1, 2.2 ст. 96; ч. 1.1 ст. 108 УПК РФ).

Однако необходимо отметить, что исключения в уголовно-процессуальном праве, характеризующиеся как привилегия, чаще обозначаются при помощи лексического оператора «в случае». Так, в соответствии с ч. 4 ст. 16 УПК РФ подозреваемый и обвиняемый могут пользоваться помощью защитника бесплатно лишь в случаях, предусмотренных уголовно-процессуальным законодательством, а в соответствии с ч. 2 ст. 28 УПК РФ только в случаях, предусмотренных соответствующими статьями Особенной части УК РФ, возможно прекращение уголовного преследования лица по делу иной категории, чем указано в общем правиле, предусмотренном ч. 1 этой же нормы.

³⁰ См.: Там же.

³¹ См.: Муравьев И. А. Указ. соч. С. 14.

³² Суменков С. Ю. Исключительные поощрительные санкции : понятие и сущность.

Весьма распространенным является такой вид исключения, как запрет (ограничение) на совершение процессуально значимых действий. Так, в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 24 УПК РФ не допускается прекращение уголовного дела, если производство по делу необходимо для реабилитации умершего, а равно если против прекращения уголовного преследования возражает подозреваемый или обвиняемый (ч. 2 ст. 27, ч. 4 ст. 28 УПК РФ). Часть 4 ст. 50 УПК РФ в качестве исключения-запрета из общего порядка предусматривает недопустимость проведения следственных действий без участия защитника в случаях, предусмотренных п. 2–7 ч. 1 ст. 51 УПК РФ, даже если обвиняемый отказался от его услуг. Кроме того, исключения-запреты изложены законодателем и в п. 1, 2 ч. 2 и п. 2 ч. 3 ст. 30 УПК РФ, регламентирующих вопросы состава суда при рассмотрении уголовных дел. Часть 6 ст. 113 УПК РФ устанавливает исключение-запрет на привод в отношении конкретно указанных субъектов, тем самым одновременно создавая для этого круга лиц уголовно-процессуальное исключение-привилегию, а ч. 3 ст. 125 УПК РФ содержит исключение-ограничение на открытое рассмотрение жалоб в случаях, предусмотренных ч. 2 ст. 241 УПК РФ.

Исключение-дозволение имеет также весьма обширный перечень употреблений в системе уголовно-процессуальных норм. Такие дозволения, например, содержатся в нормах, регламентирующих вопросы территориальной подсудности и допускающие в исключительных случаях ее изменение (ч. 1 ст. 32, ч. 2 ст. 34, ст. 35 УПК РФ). Важным исключением-дозволением, рассматриваемым в том числе как элемент благоприятствования защите, можно назвать предусмотренные п. 2–5 ч. 3 ст. 49 УПК РФ исключения из общего правила, предусмотренного п. 1 ч. 3 ст. 49 УПК РФ и регламентирующего момент начала участия защитника в уголовном деле вынесением постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого.

Упомянув исключение-дозволение, создающее элемент благоприятствования стороне защиты, хотелось бы отметить, что число исключений-дозволений в действующем уголовно-процессуальном законодательстве, которые создают процессуальные преимущества и элементы благоприятствования для стороны обвинения, имеют куда более серьезное наполнение, чем исключения-преимущества для стороны защиты.

Так, ст. 12 УПК РФ в ее диспозитивно-смысловой связи с ч. 5 ст. 165 УПК РФ устанавливает для органа расследования исключение-дозволение в производстве осмотра и обыска в жилище без получения для этого обязательного по общему правилу судебного решения. Часть 5 ст. 56 УПК РФ во взаимосвязи с ч. 1 ст. 179 УПК РФ позволяет подвергнуть свидетеля принудительной судебной экспертизе или освидетельствованию.

Возможность избрания в отношении несовершеннолетнего обвиняемого в совершении преступления средней тяжести заключения под стражу (ч. 2 ст. 108 УПК РФ), продление срока содержания под стражей свыше 12 месяцев (ч. 3 ст. 109 УПК РФ), преодоление законодательного запрета на недопустимость содержания лица под стражей свыше 18 месяцев (п. 1 ч. 8 и 8.1 УПК РФ), возможность осуществления привода в ночное время, предусмотренное ч. 5 ст. 113 УПК РФ, где в обоснование установления этого относительно-определенного исключения³³ указано никоим образом не расшифрованное законодателем «в случаях, не терпящих отлагательства» – все эти случаи нормативно закрепленных исключений также являются отдельными элементами общей концепции благоприятствования стороне обвинения.

³³ См.: *Суменков С. Ю.* Исключительные поощрительные санкции : понятие и сущность.

Продолжая перечисление процессуальных исключений-дозволений, создающих режим благоприятствования для органов, представляющих в уголовном судопроизводстве сторону обвинения, следует упомянуть и возможность продления срока рассмотрения жалобы прокурором и руководителем следственного органа (ч. 1 ст. 124 УПК РФ), и возможность продления сроков следствия свыше 12 месяцев (ч. 5 ст. 162 УПК РФ), и право на производство следственных действий в ночное время (ч. 3 ст. 164 УПК РФ), и возможность в исключительных случаях отказаться от привлечения понятых (ч. 3 ст. 170 УПК РФ), и упрощение процедуры осмотра (ч. 2 и 3 ст. 177 УПК РФ). Часть 1 ст. 179 УПК РФ содержит сразу два исключения-дозволения, создающие благоприятствование стороне обвинения. Одно из них предоставляет возможность провести освидетельствование свидетеля без его согласия, если это требуется для оценки достоверности его показаний (определенное исключение-дозволение) и возможность проведения освидетельствования как такового до возбуждения уголовного дела в случаях, не терпящих отлагательства (относительно-определенное исключение-дозволение). Аналогичным образом можно охарактеризовать исключения, изложенные в ч. 2 ст. 184 УПК РФ, касающиеся производства личного обыска и ч. 4 ст. 188 УПК РФ в части вызова на допрос свидетеля, не достигшего 16-летнего возраста.

Содержатся исключения-дозволения, создающие преимущества для стороны обвинения и характеризующиеся возможностью преодоления запрета, являющегося общим правилом, и в ч. 4 ст. 195, и в ч. 1 ст. 202, и в ч. 3 ст. 203, и в ч. 3 ст. 217 УПК РФ, и в некоторых других.

В связи с этим весьма любопытным является положение, предусмотренное ч. 3 ст. 165 УПК РФ, устанавливающей возможность присутствия в судебном заседании, в котором рассматривается ходатайство следователя или дознавателя о получении разрешения суда на производство следственного действия только прокурора, следователя и дознавателя. Данное требование уголовно-процессуального законодательства является безусловным исключением из конституционного положения, предусмотренного ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, которым без каких-либо изъятий установлено, что судопроизводство в Российской Федерации осуществляется на основании состязательности и равноправия сторон. Часть 3 ст. 165 УПК РФ не предусматривает участия стороны защиты в ходе данного судебного порядка, что исключает возможность соблюдения требования Конституции РФ с точки зрения как состязательности, так и обеспечения равноправия сторон. В связи с этим такое положение УПК РФ, безусловно, может рассматриваться как исключение-преимущество стороны обвинения перед стороной защиты. Конституционность ч. 3 ст. 165 УПК РФ в ее взаимосвязи с требованиями ч. 3 ст. 123 Конституции РФ не является предметом настоящей статьи.

Содержит действующее уголовно-процессуальное законодательство и такую конструкцию исключений, которую можно охарактеризовать как исключение из исключений, что, по мнению С. Ю. Суменкова, обозначает изъятие либо дополнение по отношению не к правилам, а уже к исключительным нормативным предписаниям³⁴. Такой класс исключений рассматривается им как исключения «второго, более глубокого уровня»³⁵.

Характерным примером построения нормы с включением в нее исключения из исключения является ст. 100 УПК РФ, которая в ч. 1 устанавливает в качестве

³⁴ См.: Суменков С. Ю. Исключительные поощрительные санкции : понятие и сущность. Термин «исключение из исключения» используется и С. С. Алексеевым (см.: Алексеев С. С. Собр. соч. Т. 2. С. 396).

³⁵ Суменков С. Ю. Исключительные поощрительные санкции : понятие и сущность.

исключения из общего правила, предусмотренного ст. 98 УПК РФ, возможность избрания меры пресечения в отношении подозреваемого до предъявления обвинения, устанавливая при этом 10-дневный срок, в рамках которого или должно быть предъявлено обвинение, или должна произойти отмена избранной меры пресечения.

Часть 2 ст. 100 УПК РФ уже содержит исключение из исключения, указанного в ч. 1, закрепляя возможность по ряду конкретно указанных в статье уголовно-правовых норм избрание меры пресечения в отношении подозреваемого без предъявления обвинения на срок до 45 суток.

Аналогичное построение нормы через включение в нее исключения из исключения можно наблюдать и в ч. 9 ст. 166 УПК РФ, где установлено, что в исключительных случаях, когда возникает необходимость обеспечить безопасность потерпевшего, свидетеля и их представителей (относительно-определенное исключение), следователь и дознаватель с согласия своего руководства может вынести постановление о сохранении в тайне личных данных этих лиц. А в качестве исключения из исключения в этой же ч. 9 ст. 166 УПК РФ законодателем указано на возможность вынесения такого постановления следователем и дознавателем и без согласия их руководства в случаях, не терпящих отлагательства (относительно определенное исключение из исключения).

Характерным примером поощрительной санкции в уголовно-процессуальном праве можно назвать требования ч. 10 ст. 106 УПК РФ, устанавливающей обязанность суда или органа расследования возратить залог во всех случаях, когда подозреваемый или обвиняемый не нарушил обязательств, связанных с внесенным залогом.

Итак, феномен исключений из правил как законодательный способ дифференцированной регламентации общественных отношений в отечественном уголовно-процессуальном праве используется достаточно широко и разносторонне. Наличие исключений в уголовно-процессуальных нормах позволяет правоприменителю на законном основании преодолеть «эталонную природу» права³⁶, «придать некоторую гибкость и приспособляемость жесткой правовой регламентации»³⁷ для качественного достижения двуединого назначения уголовного судопроизводства в России.

Важнейшим и безусловным качеством исключений в праве является их нормативность, которая вытекает из общей концепции построения такой дихотомичной парной конструкции, как «правило-исключение». Отсутствие правила (права) делает невозможным наличие исключений из него. «Исключения не могут предполагаться, они всегда должны быть точно указаны в нормативных актах»³⁸, – справедливо отмечал С. С. Алексеев.

Множественность уголовно-процессуальных норм, содержащих в себе исключения-дозволения, дающие стороне обвинения возможности по преодолению запретов, установленных в общих правилах уголовного судопроизводства, свидетельствует о наличии в уголовно-процессуальном законе определенного режима благоприятствования стороне обвинения в ее публичной деятельности в уголовном процессе России. Мы далеки от того, чтобы рассматривать это обстоятельство как изъян уголовно-процессуального закона, однако считаем, что при таких обсто-

³⁶ См.: *Суменков С. Ю.* Исключительные поощрительные санкции : понятие и сущность.

³⁷ См.: *Кашанина Т. В.* Юридическая техника : учебник. М., 2007. С. 194.

³⁸ *Алексеев С. С.* Собр. соч. Т. 2. С. 396.

яательства наличие в действующем уголовно-процессуальном законодательстве в том числе и нормативно закрепленных элементов благоприятствования защите может только способствовать достижению двуединого назначения уголовного судопроизводства, указанного в ст. 6 УПК РФ.

*Московский государственный юридический университет имени
О. Е. Кутафина (МГЮА)
Соловьев С. А., адвокат, аспирант кафедры уголовно-процессуального
права*

*Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
Solovyev S. A., Attorney, Post-graduate Student of the Criminal Procedure
Law Department
E-mail: soloviev@soslovie-ab.ru*