

ПОЛЕМИЧЕСКИЕ ЗАМЕТКИ

П. П. Ищенко*,

Е. П. Ищенко**

КЛЮЧЕВЫЕ ПРОБЛЕМЫ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

Аннотация. Ключевые процессуальные проблемы отечественного уголовного судопроизводства самым тесным образом связаны с соблюдением прав и законных интересов не только личности, но и общества. Поэтому выводы досудебного и судебного производства должны основываться на объективном и беспристрастном выяснении всех обстоятельств уголовного дела. Познание при этом должно базироваться на собирании, проверке и оценке судебных доказательств, т.е. на процедуре доказывания, урегулированной УПК РФ, содержащем требования к судебным доказательствам. Авторы обосновывают тезис о том, что многочисленные изменения, внесенные в УПК РФ, сделали предварительное расследование чрезвычайно громоздким, по сути — бюрократическим, анализируют те негативные последствия, которые повлекло копирование законодателем ч. 2 ст. 50 Конституции РФ в ч. 1 ст. 75 УПК РФ. Критикуя формально-процедурные критерии допустимости доказательств, авторы рассматривают наступившие от этого негативные последствия, отстаивают возврат «объективной истины» в отечественный уголовный процесс. Завершают статью проект новой редакции ст. 88 УПК РФ и предложение привести науку уголовного процесса к модели аналитической науки по К. Поперу.

Ключевые слова: уголовное судопроизводство, познание, доказывание, судебные доказательства, их оценка, объективная истина, допустимость доказательств, критерии допустимости, состязательность, УПК РФ, процессуальная форма, формально-процедурные критерии, установление, достижение истины, ее разновидности, стандарты доказывания, формальные доказательства.

DOI: 10.17803/1729-5920.2016.118.9.230-241

Проблема соблюдения прав личности и общества стала в уголовном судопроизводстве очень злободневной. Поэтому вопрос о том, должны ли выводы предварительного и судебного следствия по уголовным делам быть истинными, достоверными или же они могут быть какими-то иными, представляется имеющим не

только теоретическое, но и важное практическое значение.

Российское уголовное судопроизводство всегда ориентировалось на необходимость установления в уголовном процессе объективной истины, и отказываться от этого, думается, нет разумных оснований. «Если отбросить по-

© Ищенко Е. П., Ищенко П. П., 2016

* Ищенко Евгений Петрович, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминалистики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ
kriminalistsal@list.ru
123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

** Ищенко Петр Петрович, кандидат юридических наук
petrovi4@rinet.ru

нятие истины, то становится совершенно неясным само понятие познания»¹.

Познание в уголовном процессе — одна из разновидностей познавательной человеческой деятельности — подчиняются всем законам общей теории познания и реализуется по ним. Объект познания здесь — преступление, обстоятельства которого познаются по следам содеянного. По этим следам и приобретаются знания о совершенном преступлении, собираются, проверяются, оцениваются и выстраиваются в непротиворечивую цепь судебные доказательства. Вот тут и проявляются процессуальные проблемы, решать которые следует безотлагательно.

При производстве по уголовным делам следователь, дознаватель, начальник следственно-го подразделения, прокурор и суд основывают свою деятельность на процедуре доказывания, связанной с собиранием, проверкой и оценкой судебных доказательств с целью установления обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ. Иными словами, вся деятельность этих участников уголовного процесса направлена на установление обстоятельств расследуемого дела.

«Представление о доказывании как деятельности по обоснованию какого-либо тезиса соответствует состоятельный характеру судопроизводства, позволяет четко распределить процессуальные функции между участниками судебного разбирательства, обеспечить объективность и беспристрастность суда». Вместе с тем подчеркивается, что под доказыванием следует понимать состоящую в собирании, проверке и оценке доказательств мыслительную и практическую деятельность органов уголовного преследования по изобличению лица, подозреваемого в совершении преступления и обоснованию его вины»².

На эту особенность отечественной системы доказывания обратил внимание известный ученый-процессуалист С. А. Шейфер, говоря о двух подходах к пониманию истины в уголовном процессе. Согласно первому из них истинным является вывод, вытекающий из совокупности собранных по делу доказательств. Показательно, что текст анализируемой им при

этом ч. 4 ст. 302 УПК РФ не содержит оговорки, что доказательства, положенные в основу приговора, должны быть достоверными, то есть истинными, а их исследование — всесторонним и полным. Такое суждение обоснованно интерпретируется автором как формальная, а не объективная истина. Согласно другому подходу истинным надлежит считать вывод, соответствующий действительности, правильно отражающий реальные, фактические обстоятельства дела³.

В основу гносеологической характеристики понятия доказательств положено философское учение об отражении как всеобщем свойстве материи. В результате отражения при совершении любого преступного посягательства происходит появление следов на предметах материального мира и в сознании людей. Посредством сохранившихся следов возможно установление обстоятельств, значимых для разрешения уголовного дела. Поэтому органы уголовного преследования должны обнаружить оставшиеся следы, изучить их, привести в надлежащую процессуальную форму, а затем использовать в качестве судебных доказательств.

Составные элементы структуры доказательства: его содержание и процессуальная форма не могут каждый по отдельности представлять собой его понятие. Ф. М. Кудин и Р. В. Костенко под доказательствами в уголовном процессе предлагают понимать «содержащиеся в установленной законом форме и отвечающие требованиям относимости, допустимости и достоверности сведения об обстоятельствах, имеющих значение для предварительного разрешения уголовного дела». Они полагают, что требование допустимости доказательств вытекает из положения Конституции РФ: «при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ст. 50)», и делают вывод, что «допустимость — это свойство доказательства, характеризующее его с точки зрения законности источника сведений о фактах, а также способов получения и закрепления указанных сведений в порядке, предусмотренном уголовно-процессуальным законом»⁴.

¹ Никифоров А. Л. Философия науки. История и методология. М., 1998. С. 227.

² Лазарева В. А. Проблемы доказывания в современном уголовном процессе России. Самара, 2007. С. 35, 43.

³ Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам. М., 2009. С. 21.

⁴ Кудин Ф. М., Костенко Р. В. Допустимость доказательств в российском уголовном процессе. Краснодар, 2002. С. 4—14.

Прав Б. Я. Гаврилов, полагая, что «УПК РФ содержит немало положений, которые не только заслуживают критики, но и требуют принятия радикальных мер по их изменению. В первую очередь это те нормы, которые непосредственно оказывают негативное... влияние на обеспечение прав и законных интересов граждан и организаций, потерпевших от преступлений, и выполнение органами внутренних дел своей задачи по активному противодействию преступности»⁵.

Подстраиваясь под очередные «усовершенствования» уголовно-процессуального законодательства, имеющие целью сделать его нормы более функциональными, практические работники постоянно ощущают себя Гераклом, борющимся с Лернейской гидрой: на месте одной, только что решенной проблемы, появляются несколько новых. И этому фантасмагорическому процессу не видно конца. Вот «Геракла» неотвязно и одолевает гнетущая мысль, что выигрывая сражения, он проигрывает войну: процессуальные нормы становятся все более запутанными, а сам российский уголовный процесс — заформализованным и все менее функциональным.

Борьба идет на поле процессуальных форм, и все потуги законодателя, направленные к усовершенствованию действующего законодательства, порождают новые или изменяют существующие процессуальные формы, процедуры и статусы. Их неукоснительное соблюдение требует от органов предварительного расследования все больше времени, сил и прочих ресурсов (денег, техники, бумаги, участия новых процессуальных фигур и т.п.), а любое нарушение однозначно влечет недопустимость полученных судебных доказательств. В борьбе за соблюдение процессуальных форм досудебное производство принимает даже гротескные черты, когда собственно доказательства в уголовном деле не превышают 20—30 % его объема, а обвинительные заключения обвиняемым приходится доставлять на грузовиках⁶.

Однако считать процессуальную форму получения доказательств, как таковую, причиной

всех проблем нет достаточных оснований: она существовала и ранее, упорядочивая производство следственных действий, заключая в себе необходимые процессуальные гарантии и криминалистические рекомендации. Соблюдение процессуальной формы стало неподъемно тяжелым только с введением нового Уголовно-процессуального кодекса. Весьма сомнительно, чтобы авторы УПК РФ, формулируя критерий допустимости доказательств, предвидели все последствия буквального копирования ими ч. 2 ст. 50 Конституции России в ч. 1 ст. 75 УПК РФ.

Положение указанной конституционной нормы о том, что при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона, содержало весьма распространенный в Российской конституции посыл к законодателю сформулировать в отраслевом законе, т.е. в УПК, необходимые требования к допустимости доказательств. Вместо этого данное вполне верное и уместное для Конституции положение было механически перенесено в уголовно-процессуальный закон. В качестве критерия допустимости доказательств оно немедленно возвело в абсолют все многочисленные формы, процедуры и статусы уголовного судопроизводства, делая его невыносимо громоздким и архаичным.

Вместе с формально-процедурным критерием допустимости доказательств в российский уголовный процесс были внесены зерна инволюции, прогрессирующие побеги которой не могут оставаться незамеченными. Происходит это прежде всего:

- ввиду формального критерия допустимости судебных доказательств и, как следствие, диктата формы доказательства над его содержанием;
- вследствие истовой веры законодателя в возможность гарантировать права участников уголовного процесса формальными средствами;
- по причине постоянного повторения на всех уровнях процессуальной науки мантры о том, что «формализм закона требует формальности доказательств».

⁵ Гаврилов Б. Я. Влияние уголовно-процессуального законодательства на состояние борьбы с преступностью: цифры и факты // Уголовно-процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики. М., 2010. С. 16.

⁶ По уголовному делу по обвинению 39 членов ОПС Судакова-Старостина (Самара) обвинительное заключение составило 84 тома, с которого было изготовлено более 3 400 томов копий. При вручении их обвиняемым для перевозки использовались грузовики КАМАЗ и «Газель» (так как в КАМАЗ все не вошло!).

Ученые-процессуалисты много говорят об особом формальном «языке доказательств», лишь при помощи которого можно постичь формально-юридическую истину и достичь целей уголовного судопроизводства. «Слова» этого языка — отдельные доказательства, как и правила их применения (доказывания) точно определены законом. Функция и значение любых сведений, попадающих в сферу уголовного судопроизводства, определяются исключительно их формой: информация, полученная и оформленная в точном соответствии с требованиями закона, становится судебным доказательством; если в ее получении и оформлении имеются изъяны — она признается недопустимой и исключается из процесса доказывания (ст. 75 УПК РФ). Содержание данной информации и ее потенциальная значимость для разрешения уголовного дела при определении допустимости не имеют решительно никакого значения.

В логике и семантике языки, обладающие перечисленными свойствами, именуются формальными. В таких системах доказательств число доказуемых выражений всегда превышает количество истинных; истина не может быть выражена средствами самой формальной системы, ибо принадлежит к другой системе доказательств⁷. В этой связи уместно напомнить теорему Геделя — Тарского, интерпретации которой гласят: «истина неформализуема» и «то, что истинно, всегда недоказуемо»⁸.

Эта теорема в свое время произвела огромное впечатление на математиков и философов. И чем сильнее мы формализуем систему судебных доказательств, тем больше оказываемся во «власти» указанной закономерности, тем основательнее утрачиваем возможность достижения объективной истины имеющимися формально ограниченными средствами.

«Диктат формы» возвращает нас в средневековье, в инквизиционный процесс. Законность при таком подходе — тоже форма, не гарантирующая содержания. Если судебные доказательства формальны, то они формально равны, и тогда система фальсифицированных доказательств вполне равноценна доказатель-

ствам истинным. Два доказательства сильнее, чем одно, и т.д. Так на наших глазах возвращаются из небытия давным-давно забытые юридические «артефакты».

«Требования процессуальной формы, воплощая в себе гносеологические закономерности и достижения общественной практики безусловно способствуют достижению истины по уголовному делу. Вместе с тем, представляя собой определенные шаблоны, они в некоторых случаях выражают условности, правовые фикции, а не действительное состояние дел»⁹. Причем некоторые из них, давно отвергнутые теорией и практикой как порождение святой инквизиции, реакционные пережитки эпохи господства системы формальных доказательств, были в последние годы восстановлены под предлогом обновления и демократизации российского уголовного процесса. Признание обвиняемым своей вины вновь ползучим способом подтягивается к рангу «царицы доказательств».

Судьба положения об установлении истины по уголовным делам является более значимой, чем теоретический спор об исключении или введении в закон одной из норм. Выявив отмеченную тенденцию к концентрации в судопроизводстве положений, не предполагающих установление истины по уголовному делу, необходимо концептуально определиться с ориентирами дальнейшего развития отечественного уголовно-процессуального законодательства.

Приведенные опасения не беспочвенны. Сейчас мы наблюдаем постепенное возрождение и укоренение сословного суда: отдельный уголовный процесс имеется для «спецсубъектов», круг которых достаточно широк и многообразен (гл. 52 УПК РФ). Раздаются настойчивые голоса и принимаются конкретные меры по созданию особых процессуальных гарантий для предпринимателей. Все мелкими шажками идет к тому, что общие условия уголовного судопроизводства останутся лишь для «тяжлого сословия». Советское уголовное судопроизводство, заклейменное как тоталитарное, было в этом смысле куда более демократичным.

⁷ Тарский А. Истина и доказательство // Вопросы философии. 1972. № 8. С. 136—145.

⁸ Лорье Ж.-Л. Системы искусственного интеллекта : пер. с фр. яз. М., 1991. С. 114.

⁹ Григорьев В. Н. О некоторых направлениях в развитии теории достижения истины по уголовным дела // Перспективы развития уголовно-процессуального права и криминалистики : материалы 2-й междунар. науч.-практ. конф. М., 2012. С. 46—49.

Отталкиваясь от посылки, что абсолютной достоверности знания (как и абсолютной истины) не существует, а вероятность ошибки в оценке доказанности обвинения высока, В. А. Лазарева полагает, что «единственным механизмом, который способен ограничить субъективизм при принятии процессуального решения и уменьшить риск осуждения невиновных, является состязательность уголовного судопроизводства, создающая условия для контроля над деятельностью принимающего процессуальное решение должностного лица»¹⁰.

Попытки компенсировать формализм судебных доказательств состязательностью уголовного процесса пока никаких особых результатов не принесли, кроме сколь очевидных, столь и бессмысленных материальных затрат на суд присяжных¹¹. В англосаксонской системе уголовного судопроизводства присяжные заседатели, вынося вердикт, одновременно создают судебный прецедент. Таким способом «народ творит право». В России — стране с традиционно континентальным кодифицированным правом — народ ничего не творит, он лишь участвует в ролевой игре под названием «правосудие». Но еще большая проблема состоит в том, что состязательность при отсутствии свободы оценки доказательств мертвата, поскольку свобода оценки формальных доказательств не более чем юридическая фикция.

На наш взгляд, необходимо уничтожить формально-процедурный критерий допустимости судебных доказательств, закрепленный в ст. 75 УПК РФ, и вернуться к их свободной оценке при производстве по уголовным делам. Масштабных изменений закона не потребуется. Достаточно исключить ч. 1 и п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ, дополнив ч. 2 (которая станет первой и единственной) данной статьи пунктом, запрещающим получение доказательств при помощи пытки или угрозы ее применения, в том числе и к другим лицам. При этом ст. 89 УПК РФ утратит какой-либо смысл и также может быть исключена. Наибольших изменений, на наш взгляд, требует ст. 88 УПК РФ, которая, вопреки своему названию, больше говорит об исключении доказательств, чем об их оценке.

Что произойдет, если Гераклу это не удастся? Гидра его заест: российский уголовный процесс станет неподъемно, запредельно тя-

желым. В этом случае жители законодательного Олимпа, наверное, снизойдут до осуждения процессуальных болот, и в России появится новый уголовный процесс. Второй исход, к сожалению, более вероятный.

Однако нельзя не отметить, что все эти проблемы могут быть сняты законодателем в самые короткие сроки. В отсутствие традиций консервативной идеологии законодатель привык творить с чистого листа — так, будто российской законотворческой истории до него вовсе не существовало. Используемые им примеры из истории или иностранного опыта играют в основном ту же роль, что уличный фонарь для напившегося гуляки: они ничего не освещают, на них лишь опираются, чтобы обосновать необходимость очередных надуманных преобразований.

В этих, противоречащих здравому смыслу, условиях парадигма господствующей юридической идеологии склонна, раскачиваясь подобно маятнику, принимать полярно противостоящие положения. И такое альтернативное положение уже заготовлено, оно активно обсуждается и «примеряется». Суть его — отказаться от предварительного следствия вообще и перейти к американской модели досудебного уголовного судопроизводства. Дискуссия о месте объективной истины в отечественном уголовном процессе — лишь часть реализации этого намерения.

Основная идея юридической (вероятной) истины состоит в агностическом взгляде на возможность органов, ведущих расследование преступлений, объективно, точно и адекватно познать окружающую действительность (кriminalные деяния). Следовательно, нужно ориентироваться на юридические формальные правильность, логичность и обоснованность выводов и решений по делу. Так, юридически обоснованное признание обвиняемым своей вины означает его юридическую «формальную» виновность. Это аксиома. А невозможность объективного познания реальной действительности в сфере уголовного судопроизводства можно восполнить субъективной интерпретацией событий и фактов, которую потом следует облечь в юридически безуокризеннную форму в материалах уголовного дела.

¹⁰ Лазарева В. А. Указ. соч. С. 33.

¹¹ Подробно см.: Ищенко Е. П. Реформой правит криминал? М., 2013. С. 5—17, 138—154.

Оперативник, в отличие от следователя, «юриспруденциям» совсем не обучен и выполнять тонко прописанные формальные процедуры не сможет. Установление объективной истины как стандарт доказывания ему тоже едва ли по силам. Что же мы (законопослушные граждане России) получим в итоге?

Напомним, что появление процессуальной фигуры следователя — это результат разделения труда в деле осуществления правосудия. Чем выше специализация в любом деле — тем оно более совершенно. Отказ от фигуры следователя повлечет упрощение всей системы, равнозначное ее полной деградации. Это умозрительно, теоретически. На практике все будет гораздо хуже. В частности, это неизбежно повлечет:

- дальнейшее снижение качества и стандартов правосудия вследствие ухудшения результатов досудебного производства и необходимости введения дискреционных полномочий;
- понижение уровня безопасности и личной защищенности российских граждан, особенно в случае отказа от публичности осуществления уголовного преследования.

На место объективной истины в «новой» модели правосудия нам упорно и настойчиво предлагается истина субъективная, принимающая облик то «моральной достоверности»¹², то иной разновидности «обоснованного истинного убеждения». Под эту концепцию есть уже и теоретическое обоснование.

Необходимо понимать, что, отрываясь от надежной почвы объективной истины, мы неизбежно оказываемся в субъективном пространстве слов, значений и смыслов. Поисками истины на этом поле в течение прошлого столетия активно и весьма продуктивно занималось несколько поколений представителей школы аналитической философии. Основателями ее являлись Готлоб Фреге, Берtrand Расел и Джордж Эдвард Мур. Подход представителей данной школы к решению философских проблем вообще и проблеме истины в частности состоял в детальном анализе используемой логики и языка.

В аналитической философии разрабатывается около десятка не совпадающих между собой теорий истины (аналитическая, корре-

спондентная, дефляционная, прагматическая, ревизионная, релятивистская, когерентная и т.д.). Однако парадокс Э. Гетье убедительно показывает, что простое утверждение, истинное с одних эпистемологических позиций, вполне может быть ложным с других. В рамках аналитической философии эта проблема не имеет своего решения. А вот в рамках материалистической концепции — это даже и не проблема!

Поэтому, отрываясь от объективной истины, мы рискуем сбиться с пути и блуждать среди множества философских идей и научных теорий. Такое положение, когда «правды нет», а есть лишь ее различные представления, «плюральные истины», имеющие одинаковое право на жизнь, выгодно только профессиональному преступнику, адвокатскому сообществу и коррупционерам всех мастей.

Западная юридическая мысль, на которую так любят ссылаться наши правозащитники, тоже не придерживается эпистемологических концепций истины. Напротив, она постоянно апеллирует к «здравому смыслу» и «разумному усмотрению». Стандарт доказывания «вне разумных сомнений», сформулированный Европейским Судом по правам человека по делу «Greek Case», ничем принципиально не отличается от объективной истины, но не имеет никакого отношения к «моральной достоверности». «Разумное сомнение, по мнению членов Европейского Суда, означает сомнение, не основывающееся только на теоретической возможности или возникшее во избежание нежелательного вывода, а сомнение, возникающее на основании представленных фактов»¹³.

Таким образом, разница между стандартами доказывания, основанными на «объективной истине» и «отсутствии разумного сомнения», куда меньше, чем между ними обоими и «моральной достоверностью». Критика концепции «объективной истины» надуманна, несостоятельна и никак не соотносится с практической деятельностью следственных и судебных органов.

Поэтому на извечный русский вопрос «что делать?» есть лишь один ответ: уничтожить формально-процедурный критерий допустимости доказательств и вернуться к рациональ-

¹² Александров А. С. Критика концепции объективной истины в уголовном процессе // Уголовный процесс. 2012. № 6. С. 66—73.

¹³ Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1969, The Greek Case // The European Commission and European Court of Human Rights. The Hague : Martinus Nijhof, 1972.

но-смешанному уголовному процессу, созданному реформой 1864 г. Оптимальность этой модели судопроизводства состоит в сочетании публичности и наступательности досудебного производства, осуществляемого по правилам следственного (инквизиционного) процесса, с состязательным и открытым судебным процессом, свободным в оценке доказательств.

В теории и практике доказывания постоянно обсуждается вопрос о том, все ли нарушения закона, допущенные при проведении следственных действий, влекут одинаковые последствия в виде признания доказательств недопустимыми. Часть 1 ст. 75 УПК РФ не делает никаких исключений: доказательства, полученные с нарушением закона, не имеют юридической силы. В соответствии с положениями ст. 17 УПК РФ правила об исключении доказательств, полученных с нарушением закона, сформулированы таким образом, чтобы обеспечить суду право на свободную, не предустановленную оценку представленных доказательств, являющуюся важнейшей гарантией действительной состязательности.

Решение о недопустимости доказательств безальтернативно лишь в случаях, указанных в п. 1 и 2 ст. 75 УПК РФ. Оценка доказательства как недопустимого означает, что оно не может быть положено в основу обвинения либо использоваться для установления иных значимых для уголовного дела обстоятельств¹⁴.

Напомним, что формальная теория доказательств была широко распространена в континентальной Европе, начиная со средних веков и до конца XIX в., в качестве составной части инквизиционного, следственного процесса. В России она была отменена 20 ноября 1864 г. императором Александром II с введением Устава уголовного судопроизводства.

Наряду с подробной детализацией процедур, обязательных к исполнению при производстве расследования и судебном рассмотрении уголовных дел, процессуальный закон в соответствии с формальной теорией доказательств заранее устанавливал силу всех доказательств и улик при определении вины подозреваемого или подсудимого. Дореформенное российское законодательство различало доказательства совершенные и несовершенные. Совершенны-

ми доказательствами считались те, «которые исключали всякую возможность к показанию невиновности подсудимого». К таковым относились собственное признание, письменные документы, осмотр места преступления, свидетельство сведущих лиц и медицинских чиновников (т.е. судебно-медицинских экспертов в нынешнем понимании) и свидетельство двух достоверных свидетелей.

Остальные доказательства и улики полагались несовершенными. При наличии лишь отдельных несовершенных доказательств подсудимый не мог быть осужден, но оставался под подозрением, от которого он мог «очиститься», будучи приведен к присяге. Вместе с тем признавалось, что несовершенные доказательства могут «складываться», приобретая силу совершенного, либо усиливаться, «если многие их признаки соединяются вместе, а подсудимый не дает им убедительного опровержения»¹⁵.

Ныне отечественный уголовный процесс, конечно же, не содержит ничего похожего на подобную «градацию» доказательств. Однако найдется ли судья, готовый постановить заслуженно суровый приговор, не имея признания обвиняемого, заключений экспертиз и показаний достоверных свидетелей — тех самых «совершенных» доказательств, основываясь лишь на совокупности доказательств косвенных? Крайне маловероятно. Скорее всего, дело кончится формально обвинительным приговором с минимально возможным наказанием — современным вариантом оставления в подозрении.

В. А. Лазарева так подытоживает свои рассуждения: «Выведенная за рамки понятия доказательства процессуальная форма получения фактических данных меняет привычные представления о допустимости доказательств. Допустимость не является свойством самого доказательства, она характеризует процесс, процедуру его получения органом расследования. С учетом этого, возможно, правильнее говорить не о допустимости (недопустимости) доказательств, а допустимости (недопустимости) использования доказательств, полученных с нарушением требований закона»¹⁶.

А. Р. Белкин тоже подчеркивает, что доказательства сами по себе недопустимыми не являются, а признаются таковыми. В связи с этим он

¹⁴ Лазарева В. А. Указ. соч. С. 139—142.

¹⁵ Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Части общая и особенная. СПб., 1910. С. 55—58.

¹⁶ Лазарева В. А. Указ. соч. С. 148.

задается вопросом: «Всякое ли нарушение уголовно-процессуального закона должно влечь признание доказательства недопустимым?» Автор справедливо полагает, что «далеко не любые, но лишь существенные нарушения закона должны приводить к признанию полученных доказательств недопустимыми»¹⁷.

В этой связи следует руководствоваться постановлением Пленума Верховного суда РФ от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», п. 2 которого гласит: «Решая вопрос о том, является ли доказательство по уголовному делу недопустимым по основаниям, указанным в п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ, суд должен в каждом случае выяснить, в чем конкретно выразилось допущенное нарушение»¹⁸.

Часть 2 ст. 17 УПК РФ прямо закрепляет положение о том, что никакие доказательства не имеют заранее установленной силы. Однако является ли оценка доказательств в нынешнем суде действительно свободной, основанной на внутреннем убеждении, в соответствии с законом и совестью? Может ли совесть быть ограничена законом, в частности определяющим форму доказательств? Если да, то будет ли свободной такая оценка доказательств и справедлив ли основанный на ней приговор? И на конец, может ли суд предпочесть объективную истину истине формальной и пренебречь формой в угоду содержанию? Отрицательный ответ сегодня однозначен.

Вместе с тем для демонстрации значимости обсуждения этих почти философских вопросов обратимся к примеру, который нередко встречается на практике. Предположим, к гражданину А., приехавшему в город N по каким-то своим делам, на вокзале обращается незнакомая старушка с просьбой помочь ей донести тяжелую сумку до остановки общественного транспорта. Взяв в руки сумку и пройдя пару десятков шагов, А. обнаруживает, что «старушки» рядом нет, а его окружают сотрудники полиции, утверждая, что сумку он украл на вокзале у гражданина Б., или в ней находятся наркотики, оружие, бомба, контрафактная продукция (нужное подчеркнуть).

Гражданина А. доставляют в отделение полиции и вызывают следователя (дознавателя). Прибыв в отделение, следователь обнаружи-

вает А., возмущенного происшедшим, написавшего заявление о краже «потерпевшего» Б., сотрудников полиции и вполне надежных свидетелей задержания. При осмотре сумки, изъятой у А., там действительно обнаруживаются паспорт и личные вещи Б. Следователь, не зная о провокации и действуя в соответствии с возложенными на него обязанностями, старательно осматривает место происшествия, сумку и вещи, изъятые у А., добросовестно фиксирует всю эту ситуацию в протоколах следственных действий: допросах подозреваемого, а затем и обвиняемого А., «потерпевшего» Б., свидетелей и т.д. В результате получается набор формальных доказательств, образующих в своей совокупности систему, вполне достаточную для осуждения А. за преступление, которого в действительности не было.

Сможет ли суд устраниТЬ возникшее расхождение формально-юридической истины с объективной реальностью? Полагаем, что нет. Суд может исключить отдельные доказательства, выбивающиеся из основной их совокупности, мотивировав свое решение в приговоре (ч. 2 ст. 307 УПК РФ), но отвергнуть всю «непротиворечивую совокупность доказательств» ему не позволят ни отсутствие доказательственной базы для построения и обоснования альтернативной версии происшедшего, ни вышестоящие инстанции. Все произойдет в точном соответствии с выводами теоремы Гёделя — Тарского: истина окажется за пределами формальной системы доказательств, обосновывающей абсолютно несправедливый обвинительный приговор.

Есть ли у жертвы провокации шанс на спасение? Конечно, но для этого опять необходимо выйти за пределы формального доказывания. Если следователь окажется достаточно опытным, чтобы разобраться в ситуации, вместе с тем — порядочным, чтобы на нее повлиять, не боясь возможного давления на себя со стороны организаторов провокации, и пойдет «против системы»: вместо «формирования доказательств», выпустит А. на свободу, затем уличит провокаторов, а по сфабрикованному материалу примет действительно законное и обоснованное решение. Вероятность такого развития событий, в силу многих причин, ис-

¹⁷ Белкин А. Р. УПК РФ: конструктивная критика и возможные улучшения. М., 2011. Ч. V. Доказательства и доказывание. С. 21–22.

¹⁸ СПС «КонсультантПлюс».

чезающе мала.

Возможно, жертве провокации могло бы помочь адвокатское расследование, но для этого, опять-таки, нужно отменить формальные требования к допустимости судебных доказательств.

Таким образом, несмотря на установленный уголовно-процессуальным законом запрет на приздание доказательствам заранее установленной силы, действительно практикуемая система оценки доказательств не является свободной, а представляет собой не вполне развернутую, замаскированную древнюю теорию формальных доказательств. Наличие черт негативной теории формальных доказательств в современном российском уголовном процессе отмечали и другие исследователи данного вопроса¹⁹.

Использование системы формальных доказательств оказывает поистине удушающее воздействие на уголовный процесс и является причиной его очевидно наблюдаемой деградации. Теория формальных доказательств была не слишком заинтересована отличать правду от лжи ни тогда, когда вырывала признание пыткой, ни сейчас, довольствуясь согласием обвиняемого с предъявленным ему обвинением, заключением досудебного соглашения о сотрудничестве, соблюдением других формальных процедур. Она превращает следователя в писаря, формирующего по четко прописанным лекалам доказательства, главная цель которых — сковать ими волю суда, не позволить сложить из них что-либо иное, чем написанное в предъявленном обвинении.

Почему это так? А потому, что «ряд положений уголовно-процессуального закона позволяет заключить, что законодатель сознательно жертвует возможностью получения знаний о расследуемом преступлении, то есть отказывается от установления истины ради других официально признаваемых ценностей... УПК не содержит требования неотвратимости уголовной ответственности каждого совершившего преступление как заведомо невыполнимого»²⁰.

Потому в судебном заседании стороны обвинения и защиты теперь спорят не о логике доказывания, не о психологии преступников, не о морально-нравственных причинах рас-

сматриваемого преступления, нет — все копья ломаются вокруг формальных признаков допустимости доказательств. И никого не смущает, что «истина» здесь рождается в споре о «запятых»! Гарантии прав подозреваемых, обвиняемых, потерпевших и прочих участников уголовного судопроизводства сколь многочисленны, столь и формальны, а потому — бесполезны. Обычные же граждане, имеющие счастье не быть вовлеченными в жернова уголовного процесса, склонны держаться подальше от этой бездушной и опасной структуры, даже пойдя и нуждаясь в ее защите. Нужда-то есть, надежды нет, вот в чем закавыка.

Так, правильная фраза, взятая из ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, поставленная в «неправильное место» — в ч. 1 ст. 75 УПК РФ в качестве критерия допустимости судебных доказательств, отбросила отечественный уголовный процесс более чем на полтора века назад, в эпоху следственного, инквизиционного процесса, не ведавшего еще реформ царя-освободителя. Так что же делать? В очередной раз менять уголовный процесс.

Полагаем, новая редакция этой статьи могла бы выглядеть так: «Суд, прокурор, следователь, руководитель следственного органа, дознаватель, орган дознания оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и объективном рассмотрении всех обстоятельств уголовного дела в их совокупности, руководствуясь законом и совестью. Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы.

Прокурор, следователь, руководитель следственного органа, дознаватель, орган дознания признают доказательство недопустимым в случае установления обстоятельств, указанных в ст. 75 УПК РФ. Вопрос о допустимости доказательства при судебном рассмотрении дела решается судом по ходатайству стороны либо по собственному усмотрению в каждом конкретном случае, когда есть основания полагать, что способ его получения не гарантирует достоверности содержащихся в нем сведений».

Свободно оцениваемая достоверность, понимаемая как соответствие содержания доказательства объективной истине, лучше соответствует назначению уголовного судопроизводства,

¹⁹ Аверина Ю. А. Теория формальных доказательств и судебное правоприменение // Правоведение, 2006, № 5. С. 233—242.

²⁰ Лазарева В. А. Указ. соч. С. 29.

нежели соблюдение массы формальных процедур, по существу с истиной не связанных и ничего в действительности не гарантирующих.

Что в случае принятия предлагаемых изменений произойдет с процессуальной формой и не рухнут ли небеса уголовного процесса, как того боятся нынешние adeptы процессуальных форм? Ничего страшного не случится, процессуальная форма останется, сохраняя имеющиеся в ней рациональные требования и рекомендации. Просто она перестанет быть сияющим идеалом и займет подобающее ей место разумной рекомендации. Полагаем, что место Абсолюта в суде должно принадлежать объективной истине.

Все затронутые нами вопросы имеют самое непосредственное отношение к науке уголовного процесса. У следователей и других правоприменителей к этой науке, так сильно оторвавшейся от практики борьбы с преступностью, есть серьезные претензии, прежде всего к ее способности объяснять и предсказывать те или иные (несть им числа!) новеллы законодателя. Легче, конечно, со всей категоричностью сторонника демократии выступать против реваншистских пополнений в теории и законодательстве, а также считать и живописать смертные грехи криминалистики.

С. А. Шейфер справедливо полагает, что не снижающий своей динамики процесс обновления уголовно-процессуального законодательства ставит исследователя в сложное положение, побуждая осмыслить многочисленные,

не всегда ясные по цели и внутренне согласованные, законодательные новеллы. «Можно объяснить процесс обновления законодательства стремлением законодателя откликнуться на потребности правоприменительной практики, но возникает вопрос: в какой мере этот процесс соответствует исходным принципам судопроизводства и его состязательному построению?»²¹

Поэтому было бы очень интересно и полезно в порядке эксперимента попытаться привести науку уголовного процесса к модели аналитической науки по К. Попперу. Эта модель состоит из трех видов утверждений: конкретные первоначальные условия, конкретные конечные условия и универсально применимые обобщения. Эти три вида утверждений также могут быть скомбинированы тремя способами: обобщения в сочетании с первоначальными условиями дают прогнозы; в сочетании с конечными условиями они дают объяснения; сочетания первоначальных условий с конечными являются испытаниями обобщений²².

Вопрос о принципиальной возможности такой модели, конечно, подлежит обсуждению. Но если это удастся, последствия каждого изменения в процессуальном законе станут изначально прогнозируемыми, а все существующие нормы и институты получат рациональное объяснение, основанное на их функциональной и, главное, практической необходимости. В итоге качество отечественного уголовного судопроизводства, несомненно, повысится.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аверина Ю. А. Теория формальных доказательств и судебное правоприменение // Правоведение. — 2006. — № 5.
2. Александров А. С. Критика концепции объективной истины в уголовном процессе // Уголовный процесс. — 2012. — № 6.
3. Белкин А. Р. УПК РФ: конструктивная критика и возможные улучшения. — М., 2011. — Часть V : Доказательства и доказывание.
4. Владимиров Л. Е. Учение об уголовных доказательствах. Части Общая и Особенная. — СПб., 1910.
5. Гаврилов Б. Я. Влияние уголовно-процессуального законодательства на состояние борьбы с преступностью: цифры и факты // Уголовно-процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики. — М., 2010.

²¹ Шейфер С. А. Новые изменения уголовно-процессуального законодательства — новые вопросы // Уголовно-процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики. М., 2010. С. 122.

²² Приводится по: Сорос Д. Сорос о Сороце: опережая перемены : пер. с англ. яз. М., 1996. С. 234.

6. Григорьев В. Н. О некоторых направлениях в развитии теории достижения истины по уголовным делам // Перспективы развития уголовно-процессуального права и криминалистики : материалы 2-й междунар. науч.-практ. конф. — М., 2012.
7. Ищенко Е. П. Реформой правит криминал? — М., 2013.
8. Кудин Ф. М., Костенко Р. В. Допустимость доказательств в российском уголовном процессе. — Краснодар, 2002.
9. Лазарева В. А. Проблемы доказывания в современном уголовном процессе России. — Самара, 2007.
10. Лорье Ж.-Л. Системы искусственного интеллекта : пер. с фр. яз. — М., 1991. — С.114.
11. Никифоров А. Л. Философия науки. История и методология. — М., 1998.
12. Тарский А. Истина и доказательство // Вопросы философии. — 1972. — № 8.
12. Шейфер С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам. — М., 2009.
13. Шейфер С. А. Новые изменения уголовно-процессуального законодательства — новые вопросы // Уголовно-процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики. — М., 2010.

Материал поступил в редакцию 8 февраля 2016 г.

KEY ISSUES OF CRIMINAL PROCEEDINGS

ISCHENKO Evgeniy Petrovich — PhD in Law, Professor, Head of the Chair of Criminology at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honoured Worker of Science of the Russian Federation
kriminalistsmsal@list.ru
123995, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

ISCHENKO Petr Petrovich — PhD in Law
petrovi4@rinet.ru

Review. Key procedural problems of domestic criminal proceedings are closely connected with the observance of the rights and legitimate interests of not only the individual but also to society. Therefore, the conclusions of pre-trial and trial proceedings must be based on an objective and impartial clarification of all the circumstances of the criminal case. Knowledge should be based on the collection, verification and evaluation of forensic evidence, i.e. evidence procedure, governed by the Criminal Procedural Code of the Russian Federation, which contains requirements for judicial evidence. The authors justify the assertion that the numerous changes made to the Criminal Procedural Code of the Russian Federation made preliminary investigations extremely cumbersome, essentially bureaucratic. They also analyze the negative impact that caused the copying by the legislator of part 2 art. 50 of the Constitution of the Russian Federation in part 1 art. 75 of the Criminal Procedural Code of the Russian Federation. Criticizing the formal procedural criteria for the admissibility of evidence, the authors consider the resulting negative impact and advocate the return of the "objective truth" in the domestic criminal process. The article is concluded with a new draft of the art. 88 of the Criminal Procedural Code of the Russian Federation and proposal to lead science in criminal proceedings to the model of analytical science due to K. Poper.

Keywords: criminal proceedings, cognition, establishment of evidence, forensic evidence, evaluation, objective truth, adequacy of evidence, adequacy criteria, competition, the Criminal Procedural Code of the Russian Federation, the procedural form, formal and procedural criteria setting, establishing of the truth, its varieties, standards of proof, formal proof.

BIBLIOGRAPHY

1. Averina Yu.A. Theory of Formal Proofs and Trial Law Enforcement // Jurisprudence. 2006. No. 5.
2. Aleksandrov A. S. Critique of the Concept of Objective Truth in Criminal Proceedings // Criminal Procedure. 2012. No. 6.
3. Vladimirov L. E. The Doctrine of Criminal Evidence. General and Special Parts. SPb., 1910. Belkin A.R. UPK RF: Constructive Criticism and Possible Improvements. Part V. Evidence and proof. Moscow, 2011.
4. Gavrilov B. Ya. The Influence of the Criminal Procedure Legislation on the State of Combating Crime: Facts and Figures // Criminal Procedure Legislation in Modern Conditions: Problems of Theory and Practice. M., 2010.

5. Grigoriev V. N. On Some Directions in the Development of the Theory of Truth in Criminal Cases // Prospects for the Development of the Criminal Procedure Law and Criminalistics. Proceedings of the 2nd International Scientific and Practical Conference Moscow, 2012.
6. Ishchenko E. P. Is it Criminality that Governs Reforms? Moscow, 2013.
7. Kudin F. M., Kostenko R. V. Admissibility of Evidence in Russian Criminal Procedure. Krasnodar, 2002.
8. Lazareva V.A. Problems of Establishment of Evidence in Modern Criminal Procedure in Russia. Samara, 2007.
9. Lor'er J.-L. Systems of Artificial Intelligence / Transl. from French. Moscow, 1991. P.114.
10. Nikiforov A. I. Philosophy of Science. History and Methodology. Moscow, 1998.
11. Tarskiy A. Truth and Proof // Issues of Philisophy, 1972. No. 8.
12. Sheifer S. A. Evidence and Establishment of Evidence in criminal cases. Moscow, 2009.
13. Sheifer S. A. New Changes to the Criminal Procedure Legislation - New Questions // Criminal Procedure Legislation in Modern Conditions: Problems of Theory and Practice. M., 2010.