

The background of the cover is a reproduction of the painting 'The Scream' by Edvard Munch. It depicts a figure in the foreground with a pale, featureless face and an open mouth, standing on a wooden bridge over a turbulent, dark blue sea. The sky is a swirling, fiery red and orange. In the distance, other figures and ships are visible on the bridge and in the water.

Р. П. Чернов

7 CONTRA...

**7 ВОЗРАЖЕНИЙ СИСТЕМЕ УГОЛОВНОГО
ПРЕСЛЕДОВАНИЯ РОССИИ**

Рустам Чернов

**7 CONTRA... 7 возражений
системе уголовного
преследования России**

«Издательские решения»

Чернов Р. П.

7 CONTRA... 7 возражений системе уголовного преследования
России / Р. П. Чернов — «Издательские решения»,

ISBN 978-5-44-854376-0

«7 CONTRA...» — это сборник опубликованных людологических статей в профессиональных адвокатских журналах России в период 2005—2010 гг., посвященных острой критике уголовного процесса в России. Наряду с негативными оценками, ряд статей содержит практические предложения по реформированию системы уголовного преследования. В работе освещены вопросы сущности правосудия, суда присяжных, состава преступления, смертной казни, страхования рисков уголовной ответственности населения и другие.

ISBN 978-5-44-854376-0

© Чернов Р. П.
© Издательские решения

Содержание

Первое предисловие 2008 года	6
Второе предисловие 2017 года	7
К вопросу о сущности правосудия ¹	8
Свидетельские показания как источник доказательств ²	13
Конец ознакомительного фрагмента.	17

7 CONTRA...
7 возражений системе уголовного
преследования России

Рустам Павлович Чернов

© Рустам Павлович Чернов, 2020

ISBN 978-5-4485-4376-0

Создано в интеллектуальной издательской системе Ridero

Первое предисловие 2008 года

Изначально в настоящий сборник статей предполагалось включить все статьи, которые к осени 2008 г увидели свет в печати. Перечитывая материал, я не мог не заметить, что некоторые статьи столь однородно увязаны на круг современной проблематики уголовного процесса, что составляют некоторый островок сарказма и негодования среди прочих работ. Именно поэтому издатель предложил скомпоновать их в тот сборник, который я с удовольствием Вам, уважаемый читатель, и представляю. Тематика представленных ниже работ весьма разнообразна, но объединяет их одно – несогласие с наглой ложью, которая усматривается, как из политики наших «великих правителей», так и из текста тех законов, на основе которых предлагается калечить и ломать судьбы людей в стремлении сформировать то, что с некоторых пор называют диктатурой законности.

По мере работы в адвокатуре, и в системе уголовной защиты в частности, во мне все больше нарастало неизъяснимое чувство того, что все не то, чтобы обман и отсутствие правосознания, элементарной человеческой культуры у правоприменителя, но некоторая область согласованности, в которой мы простые граждане, к коим я отношу и адвокатов, являемся всего лишь внешним антуражем, чем – то настолько театральным и обманутым, что теряешь уважение не только к своей профессии, но и к праву в целом.

То, что государство – злейший враг личности, любой личности, Левиафан, было известно давно, но тот факт, что только у нас в России публичность закона превращена в публичность продажности, с которой не поспорит ни одна дешевая проститутка, – меня удивило до глубины души. Осколки этого, во многом наивного удивления, представлены в этой работе.

Как же надо не уважать закон, все то лучшее в нем, чтобы, руководствуясь какими – то тысячу раз ложно понятыми интересами службы, отправлять людей за решетку просто так, из спортивного азарта!

Но все это лирика.

«7 CONTRA...» – это первая работа, которая адресована исключительно коллегам по цеху, в надежде не только привлечь внимание к 7 вопросам уголовного процесса, но так же и призвать к началу коллективного, совместно реформирования этой сказочной страны чудес. Не оставаться равнодушными и ограниченными своими душевными порывами, надеждами на вышестоящих товарищей.

Если не мы, то кто?

Москва, 2008

Второе предисловие 2017 года

Надо сказать, что уровень моей наивности в 2008 году был чрезмерным. Спустя девять лет, как ни странно, актуальность проблем изложенных в настоящих статьях, не изменилась. Правда, теперь, никакой надежды на спасение правовой системы России я уже не питаю. И не адресую больше эту работу адвокатам, – наше племя на этой свадьбе ничего не решает. Скажем так, публикую эту работу – как фиксацию всего того, что ведет нас неумолимо к катастрофе. Начало ее активной фазы вижу в событиях «Крымского кризиса» 2014г, который был в том числе закономерным результатом потери Правды в публично – властных отношениях народа и государства, квинтэссенцией которых, согласимся с Шарлем Монтескье, безусловно, являются отношения в связи и по поводу уголовного преследования.

Сейчас, когда мне совершенно ясно, что Россия – это наследница Улуса Джучи (Золотой Орды), что наши правители и весь государственный аппарат – наследники монгольской государственности, что институт Президентства – это даже не монархия, а ханство, у меня нет надежды на реформирование уголовного процесса, уголовного права. Тем не менее, молчать – еще хуже, чем бездействовать. Надеюсь, эта книга будет полезна читателю как доказательство того, что имеются альтернативные пути развития правовой системы в РФ, а то, что составляет сущность закона (право) все же существует...

Москва, 2017

К вопросу о сущности правосудия¹

Согласно классическому пониманию сущностью является такой набор свойств и качеств, бытие которого неизменно и служит основанием для отличия одного предмета познания от другого. В отношении мира предметов и вещей все весьма просто – сущность познается через функциональность и весь тот тезаурус возможного использования, который не вступает в противоречие с целевым предназначением исследуемого. В отношении форм деятельности человека, не связанных с формированием материального результата, вопрос о сущности намного сложнее. Анализ приобретает структурный характер, и наши представления о сущности рассматриваемого явления всецело зависят от метода исследования, который во многом определяется его целевым назначением.

В вопросе о сущности правосудия надо быть предельно осмотрительным и при определении предмета исследования, и при выборе его методов.

Прежде всего следует отметить, что правосудие не является надуманным предметом анализа. То, что называется правосудием, существует с тех времен, как возникло общественное сознание. Правосудие, как и власть, имманентно обществу. По мысли Шарля Монтескье, чьи идеи оказались так созвучны современности, правосудие – форма актуально сущего – судебной власти. Правда, в наши дни правосудие стало формой манципации действий должностных лиц, называемых судьями, но на это никто не обращает внимания.

До сих пор в правовой науке нет определения правосудия. Есть компиляция текста закона, дополненная теоретическими оборотами. В самом обобщенном виде правосудие понимается как деятельность судебной власти (судов), осуществляемая от имени государства, по разрешению гражданских, административных и уголовных и прочих дел в определенной процессуальной форме в соответствии с Конституцией и действующим законодательством РФ.

Как видим, это именно определение деятельности судов, которым подменяется дефиниция правосудия. Подобные определения – свидетельство того, что мы до сих пор находимся в плену мифологического мышления. По сути в данном определении закреплён принцип: правосудием считается то, что исходит от суда. Ссылка на процессуальную форму и законность – не более чем соблюдение ритуала.

В отношении процедур российского процессуального права рискну заметить, что они в сущности не отличаются от ордалий древнего права. И те, и другие являются ключом к установлению положений, вынесенных из области непосредственной перцепции (виновность подсудимого), вера в них безоговорочна. Но если ранее ордалия была формой универсального способа установления истины (поскольку была понятна и судье, и простому наблюдателю), то сегодня таинство судебного производства для обывателя сравнимо скорее с храмовыми обрядами жрецов Древнего Египта. Обычный человек лишен возможности установить причинно – следственную связь между тем, что происходит в суде и результатом по делу. Именно поэтому суды всего мира с успехом отвергают процессуальную форму, которая сама по себе ничего не гарантирует в области познания. Пока это называется коррупцией и судебными ошибками, но история уже выходит на новый виток, где вовсе не процессуальные моменты играют решающую роль в постановлении решения.

Вот еще один очень интересный момент, который ускользает от исследователей судебной системы. Почему в древности не существовало судов вышестоящей инстанции, не было и самого понятия обжалования судебного решения? Принято считать, что инстанционность суда рождается с выделением судебной власти в отдельную ветвь власти. Но теория государ-

¹ Статья опубликована в ежемесячном информационно-аналитическом журнале о практическом применении законодательства «Адвокат» №3 март 2006г.

ства и права достаточно давно убедительно доказала, что государственной власти всегда были присущи три функции – законодательная, исполнительная и судебная, а разделение властей – не более чем разделение функций. Думается, дело в том, что ранее правосудие обеспечивало снятие социального противоречия в области действительного, по результату отправления правосудия снималась социальная напряженность, соответственно, и не было необходимости в подтверждении решения суда. К слову сказать, только с гуманизацией представлений о наказании появилась и инстанционность судов.

Отмена смертной казни и тюремного заключения по подавляющему большинству деликтов приводит к тому, что каждый, не казненный и не направленный на принудительные работы в заключении, является носителем позиции, отличной от мнения суда, выраженного в решении, т.е. носителем социального противоречия. Так как первейшей формой принуждения для власти является убеждение, создается та самая инстанционность, которую мы имеем сегодня. Вопросы «заматываются» судебной системой, превращая человека в сутяжника. С этим же связан рост числа «посредников» от правосудия (адвокаты, юристы). Постепенно функция последних преобразуется в функцию толкователей закона в частном порядке, психотерапевта и прочее.

Причины такой ситуации отнюдь не в гуманности общества. Например, телесные наказания отменили не потому, что внезапно восприняли идеи великих французских просветителей. Тело перестало быть объектом наказания в связи с появлением мануфактур, развитием грамотности, ростом рабочих мест, требующих квалифицированных служащих (у которых не покалечены руки и ноги, присутствует язык и т.д.).

Анализ исторических примеров в их единстве приводит к выводу, что сущностью правосудия является подтверждение полномочий политической власти. Но это слишком политизированный вывод для того, чтобы быть правдой. Необходимо помнить, что правосудие, как и власть, изначально носило сакральный характер. Оно основывалось не на доверии (какое же может быть доверие к власти!), а на вере. Вера как область бессознательного принципиально отличается от доверия и даже противостоит ему, поскольку доверие является продуктом сознательной деятельности человека и основывается на знании и опыте. Изначально правосудие получило свой мандат от Бога. Право судить принадлежало Богу и его представителям вплоть до реорганизации реальных институтов монархии.

При всей архаичности такой системы наши предшественники прекрасно представляли, что компетенция правосудия не беспредельна. Государство сравнительно недавно присвоило себе универсальность правосудия, лишив рядового человека форм снятия социальных противоречий. Удобными и доступными формами осуществления правосудия без представителя государства когда – то были Суд божий, дуэль, поединок. С их помощью функции правосудия исполнялись четко и справедливо (ибо справедливость наглядно выступала как конечный результат испытания или поединка), они подчинялись установленным правилам, являясь при этом публичным институтом общества. С признанием таких форм варварскими, архаичными, состязательность, по замыслу реформаторов, должна была в полной мере реализовываться в зале суда, что и отразилось в процессуальном законодательстве. До наших дней состязательность и формальное равноправие составляют основу судопроизводства в большинстве медиатизированных стран мира. Правда, социальные противоречия в обществе только усилились.

Существует концепция, согласно которой, баланс сил в обществе составляет единое целое, поэтому, отнимая что – то у общества, государство должно предоставлять взамен нечто, если не лучшее, то адекватное. За последние 150 лет государство отобрало у граждан самостоятельность в решении вопросов, которые на протяжении предыдущих тысячелетий составляли исключительную компетенцию частной воли. При этом подразумевается, что система снятия противоречий, предложенная государством взамен, настолько совершенна, что необходимость

в старых институтах отпала. Этот тезис можно опровергать основательно и последовательно, но мы ограничимся единственным частным замечанием. Если проанализировать с точки зрения здравого смысла такое преступление, как самоуправство, то нельзя не удивиться формулировке ст. 330 УК РФ: проще было сразу написать, что любое деяние, не подпадающее под остальные признаки преступления, предусмотренные статьями Особенной части УК, может быть признано преступлением. Думается, правоприменительная практика не изменилась бы.

Правосудие всегда является внешней функцией власти, направленной на тех, кто властью не обладает. Вершить суд, так же, как и выступать перед народом – это всегда вторичные функции, они не обеспечивают само бытие власти. Сегодня ситуация мало изменилась. До сих пор основа управления государством, основа бытия власти недоступна рядовому гражданину, да и организационно – объединенной массе граждан тоже. Государство, как и тысячи лет назад, есть тайное для своего народа. Работа же отдельных органов государства по своей сути никогда не может быть публичной или доступной для познания. Однако суд и правосудие призваны быть максимально доступными гражданам. В самой этой концепции заложено противоречие, ибо государственная власть без таинства невозможна. Извлекая суды на свет публичности, постоянной деятельности на профессиональной основе, предписывая им быть доступными, реформаторы XVII – XVIII вв. не задумывались о компенсационных механизмах. Именно поэтому в тот период времени судебная власть обросла ритуалами, защищающими ее от тех, кому она должна быть доступна. Появились парики, мантии, высокие кресла, помпезные здания, регламенты судебного заседания, форма обращения к суду, а затем и метаморфозы «адвокат – защитник», «прокурор – государственный обвинитель», «судья (и) – суд», «проходной – присяжный»... Правосудие стало особой сферой реальности – так «компенсируются» функции, несвойственные власти.

Утратив таинство, присущее власти, и компенсировав данную потерю ритуальностью, правосудие стало жертвой этой метаморфозы. От него по – прежнему требовали тех же результатов, что и ранее – обеспечения спокойствия граждан, формирования у них представления о справедливости реальной власти. При этом ранее, когда судебная функция органически соединялась с исполнительной и законодательной, отгородившись от народа и его представителей всем тем, что составляло силу государства, отправление правосудия носило естественный характер, согласованный в предельности организации государства вообще, а точнее, власти. Существовала четкая система координат, понятная и простая, равная по силе своей обязательности для всех подданных (вспомним крылатую фразу Людовика XIV: «Государство – это я»). С выделением в самостоятельную ветвь судебной власти понадобились четкие ориентиры, руководство к действию, поскольку власть беспомощна без приказов. По мысли Великих просветителей таким руководством должен был стать закон: мы должны стать рабами закона, если желаем стать свободными (Гегель); подчиняйся не власти, а закону, уважай не власть, а закон (Джон Локк). Сейчас эти тезисы воспринимаются не иначе, как злой шуткой истории. То, что понималось под законом три века назад и то, что является законом сегодня, – совершенно разные вещи. Закон был следствием многолетнего развития, синкретичным соединением традиции прошлого в целесообразности настоящего. Теперь мы называем это правом. Люди рождались и умирали, поколения сменяли друг друга – закон был неизменным. Средняя «продолжительность жизни» закона в те времена составляла 150 – 300 лет при средней продолжительности жизни человека 35 – 45 лет. Великие просветители более всего боялись, что повторится история Римского сената, и пытались защитить закон от узурпаторства персонифицированного круга лиц, обладающих верховной властью. Предмет регулирования закона в то время коренным образом отличался от нынешнего. Это только полсотни лет назад придумали, что право и мораль – не совпадающие понятия, а значит, право не подчиняется морали (весьма удобно!). История свидетельствует, как раз об обратном: везде, где появлялась новая мораль (в особенности новая в том смысле, как ее понимал Фридрих Ницше), государство стремилось

подчинить ее закону. Не забудем и о том, что общее количество законов страны вполне могло уместиться на двух полках библиотеки. Закон выступал квинтэссенцией важнейших для общества положений, представляя собой его идеальное бытие, лишённое противоречий и коллизий, выверенное столетиями практики. Сегодня от закона в этом отношении не осталось ничего. Единственный закон, который мог бы сравниться с законодательством того уровня, – это конституция (учитывая ее жесткий характер), но ей не свойственна детализация «рядового» законодательства прошлого. Поставить суд на страже закона было вполне разумным шагом: суд стал священнослужителем божественного права, а судья – не случайным доверенным лицом правителя, которому временно поручено рассудить и установить истину, а хранителем знания о законе, человеком, посвятившим жизнь закону (отсюда пожизненное назначение судей и наследование судейского места). Не случайно в течение веков быть судьей и быть ученым означало одно и то же. Суд не олицетворял закон, а охранял его от внешних и внутренних девиаций. Естественно, что Великие реформаторы не представляли себе другого правосудия, да и можно ли было в век разумного и прекрасного, в век веры в Разум, в век прикосновения к сокровенным тайнам природы, представить себе иное? Свобода, равенство, братство...

Однако с развитием техники, представления человека о его возможностях, и в особенности – с развитием представления власти о ее возможностях, ситуация изменилась. Для изучения данной темы можно порекомендовать работу талантливого историка Освальда Шпенглера «Закат Европы». Отметим лишь, что закон перестал быть вечным (ведь ни одна вечность не длится дольше жизни человека), решение суда – бесспорным, справедливость – имманентным свойством правосудия, а правосудие – формой снятия социальных противоречий.

В итоге мы имеем систему организации общества, в которой невозможно достижение однозначности суждения по основополагающим вопросам социального общежития. Бытие социума определяется столь сиюминутно, бытие власти настолько скоротечно, задачи настолько близоруки, что приходится констатировать: принцип «проживай каждый день как последний» является самым актуальным и действенным принципом современности.

Не сомневаюсь, что многие упрекнули меня в склонности к абстрактным умопостроениям и в стремлении сделать из мухи слона. Но с отсутствием правосудия (точнее сказать, с отсутствием понимания его сущности) связаны такие социальные проблемы, как терроризм, коррупция, организованная преступность.

Общество – это хаос, отдельные элементы которого в свое время были организованы как система и приняты системой бытия в социуме. Понятие естественности не задано а priori, то, что кажется человеку естественным и подлинно личным, есть продукт коллективного общежития на протяжении сотен тысяч лет его предков, объединенных в группу под названием нация, народ, государство и прочее (Карл Юнг, Эрик Берн). Вряд ли за последние 150 – 200 лет основы бытия кардинально изменились. Людям по – прежнему необходима убежденность, вера, уверенность, спокойствие и безопасность. Понимание того, что правосудие структурирует реальность является первым шагом на пути познания его сущности. Результатом работы суда должно быть снятие неопределенности в исследуемом вопросе. Сила власти не в том, что за ней стоят тюрьмы, полиция и весь аппарат принуждения. Толейран был прав, когда сказал Наполеону: «Сир, штыки годятся для чего угодно, кроме одного – на них нельзя усидеть». И сила суда не в том, что это мостик либо в тюрьму, либо на свободу. Надо ли говорить о том, что судья, в производстве которого находится не меньше шести дел ежемесячно и имеющий в качестве «инструментария» порядка тысячи нормативных правовых актов самого различного содержания, порой противоречащих друг другу, даже если он всей душой желает достичь цели правосудия, не способен этого сделать?

Такое правосудие вызывает раздражение, безверие, правовой нигилизм. Такое правосудие не способно стабилизировать социальные отношения, оно может только усиливать противоречия. Суд уже давно не владеет умами, не заставляет приходить к истине, суд даже перестал

выражать закон, потому что закон не отражает запросов действительного, не выступает регулятором социума, и тем более – формой хранения накопленного знания. Как результат (природа не терпит пустоты) общество саморегулируется, обретая стабилизацию в отношениях, которые сегодня называются коррупцией и организованной преступностью. Те, кто занимается террористической деятельностью – не злодеи от рождения и не выродки от природы, это люди, существующие в той области социума, которая произведена современной организацией цивилизации. Вряд ли кто – то стал бы бросать бомбу в царя в начале XX в. в России, если бы имел возможность через судебное решение повлиять на режим в стране, и вряд ли бы кто – то захотел повлиять на режим в стране через суд, будучи согласен с режимом и убежден в его справедливости практикой судебной власти. Справедливое судебное решение есть доказательство правоты власти: когда в суде снимаются противоречия, гражданин на личном опыте убеждается в ее справедливости.

Можно, конечно, не тратить на компетентных судей, на познание основ функционирования общества, на разумного законодателя, легче превратить граждан в рабов, сведя функции суда к «проставлению печати». Определенное время эта система может функционировать достаточно успешно, так как у людей развиты подсознательная вера в суд (для изменения сознания масс необходимы не годы, а столетия) и антипатия к привлекаемым к суду. Правда, расплата за такие фокусы ужасна – революции, мятежи, глобальный террор. В этом отношении уровень ответственности монарха, пребывающего у власти пожизненно и передающего правление кровным родственникам, на порядок выше ответственности современных правителей.

На основе того понимания правосудия, которое мы приняли на вооружение, и которое претворяем в жизнь, занимаясь копированием без оригинала, будущее государственности в ее классическом понимании видится в весьма мрачном свете.

Сущность правосудия необходимо определять не через субъектов (движущая причина), формы деятельности (формальная причина), а из соответствия целевой причины (в данном случае то, ради чего осуществляется правосудие, сегодня тождественно пониманию законности) и результата (материальная причина). Именно согласованность и последовательность четырех причин бытия, образующих парадигму бытия явления (Стагирит, «Метафизика», книга IX) позволяют определить его сущность. С учетом того, что сегодня целевая и материальная причина не составляют парадигму правосудия, осуществляемого судьями от имени государства, следует отметить, что данная парадигма смещается в сферу, недоступную воздействию государственной власти (коррупция, организованная преступность). Соответственно, определить сущность правосудия, исходя из эмпирических данных, не представляется возможным. В то же время борьба с коррупцией и организованной преступностью в таких условиях бессмысленна, так как данные явления составляют формы, де – факто включенные в аппарат государственного управления. Необходимо изменение онтологических основ организации социума, чтобы, определяя сущность правосудия, можно было оставаться в правовом поле.

Таким образом, проблематика дефиниции сущности правосудия находится за пределами формально-юридического подхода и требует комплексного исследования на основе универсальных методов познания, позволяющих рассматривать данную проблему в динамике ее развития.

Думается, это позволит в дальнейшем создать такую систему мониторинга соответствия деятельности судов их предназначению, которая позволит избежать трансформации организованной преступности в публично организованное государственно – подобное образование.

Свидетельские показания как источник доказательств²

Свидетельские показания – это прежде всего процессуальный результат, продукт взаимодействия специального субъекта (дознатель, следователь, суд) с носителем информации (свидетелем) в законодательно определенной форме с обязательным соблюдением условий, предусмотренных законом.

Свидетельские показания не носят безусловного характера, представляют собой не объективную форму выражения информации (рассказ свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными), а парадигму, допустимость которой зависит от ряда конкретных условий, определяемых на законодательном уровне.

Исторически свидетельские показания всегда были формой доказательства. Но в то же время на протяжении всей истории развития правосудия процессуальная форма подвергала их сомнению с точки зрения надежности и достоверности. Вопрос о допустимости настолько беспокоил наших предков, что действовало правило, гласившее: нет свидетельских показаний без их проверки. Свидетельские показания проверялись по их источнику, по носителю (человеку) так называемыми ордалиями – телесными испытаниями ритуального характера (испытание огнем, испытание водой и т.д.).

В основном благодаря именно такому прошлому сегодня в языке обороты «свидетельствует...», «я тому свидетель...» и пр. ассоциируются с истинностью высказываемого.

Свидетельские показания – единственный источник доказательств, к которому предъявлялись и предъявляются повышенные требования качественного характера. При этом, если ранее качество свидетельских показаний ассоциировалось исключительно с понятием «истинность», содержание которой всецело зависело от царивших нравов и, в конечном счете, определялось исключительно нормами морали, то сегодня закон не связывает допустимость свидетельских показаний с их правдивостью. Иными словами, и ложные свидетельские показания могут быть источником доказательств, поскольку вопросы истинности решаются судом в совещательной комнате на основе представленных доказательств. Вопросы качества (в части правдивости) смещены в сферу уголовного преследования за дачу заведомо ложных показаний. При этом на данный состав преступления при производстве по делу распространяется и принцип презумпции невиновности. Потенциальное уголовное преследование никак не связано с тем процессом, по которому были даны ложные показания. Само событие преступления связано с наличием умысла в отношении дачи заведомо ложных показаний. С учетом того, что вопросы истинности и лжи решаются в рамках совещательной комнаты, свидетельские показания не распространяются на вопросы виновности, а именно последние и лежат в основе приговора (и только они), следует отметить, что действующее законодательство не связывает допустимость свидетельских показаний с их правдивостью. Сегодня допустимость показаний означает прежде всего соблюдение процессуальной формы. А на саму процессуальную форму возлагается роль абсолютного алгоритма, позволяющего установить истину для лица, осуществляющего правосудие.

Насколько такая позиция оправданна, нам предстоит увидеть позже.

Следует четко понимать, что познание с помощью права, с точки зрения права как парадигмы познания, лишено объективности, так как сама природа права предполагает сбалансированность элементов, доступных познанию, исключающих универсальность и полноту, иначе само правоприменение стало бы невозможным и обременительным. Право – прежде всего оружие, отсекающее все лишнее, все человеческое и уж тем более все философское, – все то,

² Статья опубликована в ежемесячном информационно-аналитическом журнале о практическом применении законодательства «Адвокат» №5 май 2005г.

что может быть приближено к истине в понимании философии (умозрительность, абсолютное отсутствие противоречий). Право зиждется на фактах, интерпретирует их и задает их процессуальную стоимость (понимая их как юридические факты).

В области материального права (за исключением англосаксонских систем права) нет нормативного определения того, что такое показания. Нет этого определения и в Уголовно – процессуальном кодексе РФ (далее – УПК РФ). Законодатель подталкивает нас к тому, чтобы применительно к нашему предмету исследовать целостную парадигму данного явления, а практика зачастую ставит вопрос ребром о так называемых объяснениях, заявлениях, их отличии от показаний свидетеля, потерпевшего, субъекта защиты. При этом коллизии в таких фигурах, как потерпевший, свидетель и очевидец закреплены законодательно, эти субъекты дают подписку об ответственности за дачу заведомо ложных показаний, отказ от дачи показаний. Данный факт позволяет теоретикам усматривать в статусе потерпевшего элементы статуса свидетеля.

Итак, свидетельские показания как форма (источник) доказательства являются лишь частью общей парадигмы явления.

На разной стадии уголовного процесса данная парадигма выражается по – своему, что находит отражение в материалах дела. До возбуждения уголовного дела не существует понятий «свидетель», «свидетельские показания». Идет первичный сбор и проверка информации, любые сведения, сообщаемые участниками события, признанного происшествием и в будущем возможно квалифицируемого как преступление, отражаются в форме объяснений, заявлений, запросов, ответов на них и прочее. Но и сам факт возбуждения уголовного дела не означает, что лицо, сообщаемое какие – либо сведения, становится автоматически свидетелем. Уголовно – процессуальный закон связывает понятие «свидетель» лишь с моментом объективного взаимодействия потенциального носителя информации с субъектом предварительного следствия, отправления правосудия (ч. 1 ст. 56 УПК РФ четко указывает в качестве обязательного признака *вызов* для дачи показаний).

Данное определение во многом противоречиво и неполноценно. Практика показывает, что оно существенно влияет на принцип равенства сторон в ходе осуществления правосудия.

1. Вызов регламентирован ст. 187 – 191 УПК РФ в соответствии с требованиями ч. 2 ст. 56 УПК РФ. Указанные статьи относятся непосредственно к досудебному производству по уголовному делу (гл. 26 части второй УПК РФ) и адресованы непосредственно субъекту уголовного преследования – следователю. Предусматривается вызов повесткой. Наряду с этим в п. 4 ст. 217 УПК РФ упоминается о том, что защитник имеет право указывать, какие свидетели со стороны защиты подлежат вызову в суд в качестве свидетелей (для обоснования позиции защиты). Суд не обязан направлять повестку: в п. 4 ч. 2 ст. 231 УПК РФ говорится о «вызове», но не конкретизируются его способ (почтовое сообщение, средства связи и пр.) и форма (повестка, сообщение и пр.). С учетом того, что «функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга» (ч. 2 ст. 15 УПК РФ), суд не имеет права руководствоваться нормами, непосредственно адресованными субъекту обвинения (т.е. нормами ст. 187 – 191 УПК РФ), а в уголовно – процессуальном праве действует принцип «разрешено только то, что разрешено». Представляется возможным сделать вывод о наличии противоречия в определении лица, являющегося свидетелем. В ходе предварительного расследования это лицо, которому могут быть известны обстоятельства дела и которое вызвано; до окончания предварительного расследования статус свидетеля приобретает сам фактом указания на любое лицо стороной защиты. Налицо явное противоречие.

2. Как уже было отмечено, суд не обязан никого вызывать повестками. Но даже если суд вызовет лицо, указанное в обвинительном заключении свидетелем защиты, повесткой, возникает вопрос: с какого момента у свидетеля наступает обязанность дать показания (п. 1, 2 ч. 6 ст. 56 УПК РФ). Очевидно, с момента получения судебной повестки. Таким образом, суд

обязан направлять повестку, однако в законе об этом ничего не сказано. Более того, в практике суды настаивают на реализации ч. 4 ст. 271 УПК РФ, а именно на ходатайстве о допросе лица при условии его явки. Таким образом, закон опять ставит правовой статус лица в зависимость от конкретных процессуальных обстоятельств – «суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля или специалиста, явившего в суд по инициативе сторон». Итак, даже сама явка в суд (вне зависимости от того, вызвано лицо повесткой или пришло по собственной инициативе) не является основанием для признания лица свидетелем. Таким основанием может быть только факт удовлетворения ходатайства о допросе в качестве свидетеля. Несмотря на то, что закон адресован, как обвинению, так и защите, следует отметить, что речь идет о новых лицах, ранее не допрашиваемых. И опять же из практики вытекает критерий свидетеля, сформированный не буквой закона, а самим правоприменением: свидетель – это допрошенное лицо. И здесь – явное нарушение принципа, сформированного ч. 2 ст. 1 УПК РФ: «Порядок уголовного судопроизводства, установленный настоящим Кодексом, является обязательным для судов, органов прокуратуры, органов предварительного следствия и органов дознания, а также иных участников судопроизводства».

Представим себе ситуацию, что защитник при исполнении п. 4 ст. 217 УПК РФ указывает в качестве свидетеля защиты, скажем, папу Римского, вписывая анкетные данные последнего в протокол ознакомления с материалами дела. Следователь обязан в соответствии с ч. 4 ст. 220 УПК РФ включить папу в свидетели защиты. Далее прокурор, осуществляя надзор, обязан одобрить это (прямое указание п. 3 ч. 2 ст. 221 УПК РФ запрещает исключать свидетелей защиты из списка). Суд, руководствуясь п. 4 ч. 2 ст. 231 УПК РФ, обязан вызвать Папу любым удобным для него способом. При этом сторона обвинения лишена возможности ходатайствовать об исключении папы, так как он не давал показаний и нет доказательства, подлежащего исключению по ходатайству стороны обвинения, а следовательно, нельзя заявить ходатайство об исключении доказательств (в частности, показаний папы). А что же далее?..

Думаю, однозначного ответа нет. При этом подобная ситуация вполне возможна в практике. Заметьте: все это основано на законе. В ст. 274 УПК РФ четко указано на то, что стороны «представляют» доказательства. Таким образом, можно сделать следующий вывод: на сторонах лежит обязанность обеспечения доказательств. Допустим. Но, опять же, Папа еще не допрошен, нет никаких показаний. Вызов ему направлен, явиться он обязан, отказ явиться чреват приводом, штрафом, отказ дать показания – уголовным преследованием. Абсурд? Нет – строгое следование букве закона.

3. На практике адвокаты зачастую включают в свой список свидетелей защиты лиц, которые были допрошены следователем в ходе предварительного следствия. Соответственно, возникает вопрос: является ли указание свидетелей, допрошенных следствием в качестве свидетелей обвинения, обстоятельством, исключающим включение их в список свидетелей защиты? С точки зрения здравого смысла – безусловно. С точки зрения уголовно – процессуального закона, оказывается, нет. Подобные ситуации случаются неоднократно и суд, рассматривающий данный вопрос в порядке ст. 125 УПК РФ, признавал и в первой, и во второй, и в надзорной инстанции обоснованность действий защитника и следователя, ссылающихся на одних и тех же лиц в обвинительном заключении. Действительно, УПК РФ такую возможность предоставляет, т.е. практика идет по пути «все, что не запрещено, разрешено». При этом подобное положение вещей непосредственно противоречит положениям о допросе свидетелей в ходе судебного разбирательства, а именно: порядку исследования доказательств (ст. 274 УПК РФ), обеспечению объективных условий осуществления правосудия (ч. 2 ст. 264, 278 УПК РФ), т.е. одних и тех же лиц будут допрашивать дважды: сначала как свидетелей обвинения, затем – как свидетелей защиты.

Справедливости ради следует отметить, что подобная формалистика может быть упрощена, если рассматривать свидетеля именно как элемент системы доказательств и доказывания. Но это только в первом приближении к данной проблеме. Однако наша задача – быть по возможности объективными. Рассмотрим эту сторону вопроса.

Законодательство умалчивает и о том, что такое доказательство. Речь идет о доказательствах, которые понимаются как «любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном настоящим Кодексом, устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела» (ч. 1 ст. 74 УПК РФ).

Но это теория, детализированная практикой, а именно положениями ст. 79 УПК РФ, где под показаниями свидетеля как доказательством понимается следующее: «Показания свидетеля – сведения, сообщенные им на допросе, проведенном в ходе досудебного производства по уголовному делу или в суде в соответствии с требованиями статей 187 – 191 и 278 настоящего Кодекса» (п. 1 ст. 79 УПК РФ). Как видим, УПК РФ не делает разницы между следователем и судом, корреспондируя в то же время суду права, предусмотренные ст. 187 – 191 УПК РФ.

В соответствии с ч. 3 ст. 86 УПК РФ (вкуче со ст. 84, ч. 2 ст. 74 УПК РФ) данные положения закрепляют возможность защитника собирать доказательства. По логике и в соответствии с прямыми указаниями закона все собранное защитником является «иными документами» (УПК в ч. 2 ст. 74 дает исчерпывающий перечень видов допустимых доказательств). Поскольку действует принцип *lex specialis*, формулировка ч. 1 ст. 74 УПК РФ («доказательствами по уголовному делу являются любые сведения», на основе которых осуществляется процесс доказывания) представляется практически неприменимой вне правового поля, очерченного ст. 84 УПК РФ. Указанная статья расширяет требования к допустимости доказательств, называя два условия: относимость сведений применительно к предмету доказывания (ст. 73 УПК РФ) и процессуальная форма получения и представления (ч. 2 ст. 84 УПК РФ). Норма же, к которой отсылает ст. 84 УПК РФ, называет способ получения доказательств и конкретных субъектов сбора доказательств, прямо указывая на защитника как на субъекта собирания доказательств (ч. 3 ст. 86 УПК РФ). На первый взгляд может показаться, что защитник обладает правом собирать доказательства. Но это лишь уловка законодателя. В ст. 85 УПК РФ указано, что доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств. При этом субъектами проверки и оценки являются только субъекты уголовного преследования и суд. Опять же мы имеем здесь явно преднамеренное противоречие и дисбаланс в полномочиях защиты и обвинения. Вернее всего было бы исключить из понятия «доказывание» «собираание» доказательств, так как последнее является основой, а не самим процессом доказывания обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ. Однако и здесь не все просто. Сторонники обвинения считают, что речь идет прежде всего о стадии возбуждения уголовного дела (или о стадии привлечения в качестве подозреваемого, обвиняемого), когда необходимо доказать факт причастности лица к преступлению. Однако данная позиция, несмотря на свою рациональную обоснованность, не находит формально – юридического закрепления, так как УПК РФ не относит органы дознания к субъектам доказывания. Все, что мы имеем, – весьма расплывчатое упоминание о том, что результаты оперативно – розыскной деятельности (ОРД) запрещаются к использованию, если не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам. Однако в УПК РФ подобные требования не указаны, поэтому непонятно, что имел в виду законодатель.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.