**Доказательства в уголовном процессе**

Когда человека надо научить хорошо стрелять, его, как ни странно, учат не стрельбе, а совершенно другим вещам, например, тренируют твердость руки или же умение задерживать дыхание. Поэтому, если вы хотите, чтобы люди научились праву или пониманию доказательственного права, то вам предстоит выложить на стол основания. Если же вы их не выложите на стол, а просто набьете голову людей некоторыми весьма правильными знаниями, каковых пруд пруди, то, конечно, эти знания, как и все плоские мысли, очень экономно улягутся в голове, но это совсем не значит, что человек, столкнувшись с новой ситуацией, с проблемой, не почувствует нехватки средств для ее решения.

Вот типичный пример того, до чего доводит нас обилие знаний и отсутствие понимания. Первый процесс с участием присяжных заседателей состоялся в Саратове. Он проходил с 15 по 17 декабря 1993 года, и в ходе процесса обвинялись два человека, братья Мартыновы, в убийстве трех лиц. При этом и тому и другому брату вменялось убийство всех троих. В конце судебного следствия прокурор Симшин отказался от обвинения одного из братьев в двух убийствах, оставив за ним убийство одного человека. И по ритуалу судья спросил, что по этому поводу думает адвокат. Но поскольку у адвоката есть знания, что позиция не должна расходится с позицией подзащитного, и эти знания лежат на надлежащей полочке в голове, то адвокат Романова встала и сказала, что ее подзащитный отрицает убийства, поэтому она возражает против предложения прокурора. Получилось, что она возражает против того, чтобы прокурор снял с человека обвинение в двух убийствах. Потом, конечно, адвокатесса схватилась за голову, понимая, что она сделала что-то не то, но все никак не могла понять, что же не то она сделала. Потом, поговорив со мной и подумав, она наконец поняла, как ей надо было сказать. Но это было уже потом, потому что сделанного не воротишь, слово - не воробей. Она должна была сказать: “Спасибо прокурору, что он снимает обвинение в двух преступлениях, а что он не убивал третьего человека, я и сама докажу”. Но она этого не сказала. Она возразила против прекращения дела по двум убийствам. Вот в этом и состоит разница между знанием и пониманием.

В этом смысле я бы вознамерился сделать несколько жестких и, возможно, нетривиальных констатаций, но поскольку я понимаю, что в целом ряде случаев это может вызвать недоумение и даже возмущение, я бы разрешил задавать вопросы всякий раз, когда я дойду до логической паузы. Я буду вас об это предупреждать.

Первая констатация состоит в особом понимании юридической профессии. Юридическая профессия представляет из себя работу в своеобразной виртуальной реальности, в пространстве, которое не жизненно, не протекает за окнами, как жизнь живая, в пространстве сделанном, в пространстве искусственном. И всякий раз, когда я дохожу до этого места, скажем, в аудитории прокурорской я обязательно задаю старый, добрый вопрос: “А кто такой потерпевший?”. Кто-нибудь может сообщить, кто такой потерпевший? Существует две точки зрения: потерпевший - это лицо, которое пострадало, и вторая точка зрения, это лицо, признанное потерпевшим. Лицо, признанное потерпевшим, может не быть лицом пострадавшим. А если вы отождествляете реально пострадавшего и потерпевшего как такую массу процессуальную, то вы тем самым, следовательно, отрицаете возможность оправдания за отсутствием события преступления. Он уже пострадал, говорите вы, а на самом деле он, может быть, не пострадал, по делам об изнасилованиях сплошь и рядом такие истории. Она вроде признана потерпевшей, а потом когда до нее доходит очередь давать показания в суде, она говорит: “Э, так я, жаловалась чтобы он женился.” И начинается выяснение, пострадавшая ли она, либо ложная доносчица. Поэтому уголовное судопроизводство устроено, как специально отгороженное от жизни пространство, куда допускаются не люди, а всякого рода маски, костюмы. И более того, живые люди с их проблемами, с их болью, обидами, туберкулезом, если человек сидит в тюрьме, допускаются в это пространство не лично; они вытесняются, замещаются профессионалами, профессиональными магами, которые умеют заговаривать судей. Они надевают парики, мантии и проводят шахматную партию, ставкой в которой служит жизнь, честь, собственность. И поэтому, кстати говоря, судебная сделка не является чем-то отталкивающим, безобразным и глупым. Если это не жизнь, а шахматная партия, вполне можно договориться, решить вопрос миром, полюбовно, уступая друг другу. В мире, собственно, существует много замещающих процедур, например, много таких процедур существует в церкви. Это - преосуществлением вина и хлеба в Христову кровь и плоть. Наполеон на определенном этапе своего правления предложил всем монархам Европы решить разногласия поединком, чтобы не губить молодых французов на войне. В древнеримской истории так был решен конфликт между Римом и городом Альба-Лонга, когда братья Горации вышли против братьев Куриациев, и представители Рима в конце концов победили, благодаря чему был решен конфликт не военным путем, а путем замещающих процедур. Из этих рассуждений про юридическую профессию приходится сделать выводы, касающихся, в том числе, доказательств. Все эти замещающие и нежизненные фигуры: обвинитель, защитник, потерпевший, обвиняемый, - играют по особым правилам и особого рода приспособлениями-доказательствами. При этом назначение доказательств состоит в том, чтобы эта процедура была правовой, необязательно истинной.

И вот тут можно смело перейти к рассуждению про истину. Если вы откроете книгу 1973 года “Теория доказательства в советском уголовном процессе”, а потом перечитаете труды современных юристов, то вы увидите великолепные копии рассуждений времени 1973 года. Типичное утверждение таково: цель доказывания - это установление истины. И благодаря повторению некоторых процедур якобы можно установить истину. Правда, возникают какие-то странные несоответствия, на которые, слава Богу, вы можете смело закрыть глаза, потому что особенность юридического сознания современности состоит не только в его крайней слепленности, когда совершенно разнородные вещи, как куски пластилина разного цвета, превращаются в ком, но и еще и в умение забывать сегодня, что ты сказал вчера. Если установление истины - цель доказывания, то потом же по поводу одного и того же события, в рамках одних и тех же доказательств у прокурора и адвоката разные точки зрения? И один на основании этого уголовного дела говорит одно, а другой совершенно другое? Выслушав сторонников обвинения и оправдания, вправе ли мы делать странный вывод, что в результате состязания двух лжецов мы можем получить истину? Типично для нас основывать наши рассуждения про истину на работе Ленина “Материализм и Эмпириокритицизм”, с тех пор мы никуда от этого не ушли, во всяком случае, советская юридическая наука продолжает приписывать истине в уголовном судопроизводстве, как и в гражданском, естественно научные черты. Между тем, истина - естественно научная сильно отличается от истины, ну скажем, исторической, гуманитарной. Это суть разные истины. Они устанавливаются по-разному и более того обладают разными свойствами. Например, вопрос о том, из чего сделана эта парта, может быть решен естественнонаучным образом, путем сколов, спилов, анализов материала и т.д. И если другой ученый придет к парте и начнет тоже скалывать, отпиливать, анализировать, он тоже придет, вроде, к тем же выводам. Но применительно к истине исторической, где очень многое зависит не только от личности исследователей, применяемых ими методов, но еще от ситуации временной, еще от очевидцев, которые всегда лгут, не работает или работает по-другому критерий повторяемости явлений. Поэтому вопрос, из чего сделана парта, и вопрос, действительно ли распяли Христа, и был ли второй обвинитель, свидетель обвинения на этом процессе, кроме Иуды, - это разные вопросы, и решаются они по-разному. Мы не сможем повторить суд Синедриона, мы не сможет также, например, дать ответ сегодня, сколько у нас было царей Иванов Грозных - есть теория, что их было четыре на самом деле, а потом все это мифология объединила в одном образе. И вот истина, которая отыскивается в судебном заседании, она явление гуманитарное, и достигается она другим путем. Общенаучный критерий повторяемости практически использован в суде быть не может. Вот то, что сложилось здесь и теперь в этом зале при этом составе людей, при этом составе корпуса свидетелей - это не воспроизводимо вновь. И так называемая истина, которая получается в ходе судоговорения, эта истина для данного случая здесь и теперь.

Приведу пример, связанный с действием 35-ой статьи Уголовного кодекса Российской Федерации. У нас законодательство либерализируется путем его дальнейшего ужесточения, поэтому однажды светлая идея посетила составителей этого Кодекса. Она состоит в том, что организатор преступного сообщества, всякого незаконного вооруженного формирования отвечает не только за факт организации или руководства сообществом, но и за все деяния, совершенные членами этого сообщества, если это охватывалось его умыслом. Представим себе, что рассматривается уголовное дело по обвинению одного из убийц, который входил в состав этого сообщества. Дело рассмотрели, его осудили, он поехал отбывать свой срок в колонию или ждет исполнения смертного приговора. Истина восторжествовала. Потом привлекают к ответственности организатора сообщества в другом процессе и наряду с организацией банды его начинают судить и за то убийство, которое совершил участник банды. С точки зрения составителей проекта Уголовно-процессуального кодекса решение по первому делу должно иметь преюдициальное значение в отношении и этого дела. Но с точки зрения права, вероятно, правильно привести другой аргумент. И организатор преступного сообщества должен сказать: “Позвольте, господа, я ведь не участвовал в том процессе, я был лишен права на защиту, мне не было предъявлено обвинений в том процессе, и это значит, что я могу заново заставить вас доказывать факт убийства, события преступления, состав преступления и т.д. И вообще, для целей данного процесса я выдвигаю версию о том, что убить-то, наверное, убили, но не потому, что он был инкассатором, покойный, а потому что мой приятель поссорился с ним по поводу девушки, и давайте мы сейчас проверим эту версию. Это значит, что это не охватывалось моим умыслом.” Начинается проверка этой версии. Однако выясняется, что часть свидетелей скончалось, часть запугана, часть что-то забыла. Того господина за убийство уже и расстреляли благополучно, или сам он в лагере от туберкулеза скончался, в Нижнем Новгороде есть такой хороший лагерь, удобно построенный за болоте, где люди умирают со скоростью один человек в полтора дня, - прелесть нашей уголовной политики. Ну и все, начали разбирать этот вопрос, но доказательств и нет либо свидетели рассказывают все по-другому. Получается, что надо этого господина оправдать, или квалифицировать то убийство не как убийство из корыстных побуждений по статье 105 части 2 Уголовного кодекса, а как убийство в состоянии аффекта, из личных неприязненных отношений или по каким-то еще иным соображениям. Но тогда господин, который в “оздоровительном” лагере ожидает своей кончины от туберкулеза, начинает писать в Верховный Суд и говорит: “Позвольте, вы меня осудили за убийство инкассатора из корыстных побуждений. Но оказывается, что было все не так. Оказывается, что убил-то я его в состоянии аффекта, из личных неприязненных отношений.” “А, - говорят советские юристы, - так давайте возбудим процедуру вновь по открывшимся обстоятельствам.” И эта процедура может длиться вечно, по принципу - “эта песня коротка, начинай сначала”, потому что вам надо в рамках двух процессов решить один и тот же вопрос. А так не бывает, условия уникальные. Или же вы должны отставить в сторону, как у нас принято, законы, забыть про право обвиняемого на защиту и лишить этого самого организатора возможности защищаться в собственном процессе от обвинения, которое ранее было предъявлено и подтверждено в отношении другого человека.

Или вот еще одна история, после которой наступит время задавать вопрос про истину и про все прочее. Эта история про двух человек, которых судят, одного за вымогательство взятки, другого - за дачу взятки, в рамках одного процесса. В одном из таких процессов, который разыгрывался перед присяжными, встала забавная проблема - доказательств для установления вымогательства было явно не достаточно. Но какую должен был дать инструкцию судья в этой ситуации? Если презумпцию невиновности использовать, то по делу взяткополучателя вымогательство быть установлено не могло, потому что сомнения должны быть истолкованы в его пользу. Но по делу взяткодателя вымогательство является основанием освобождения его от уголовной ответственности. Значит, в его случае сомнение должно быть истолковано в его пользу. Таким образом, получается, что вымогательства не было по делу взяткополучателя и оно было по делу взяткодателя. Куда же девалась истина? Что же на самом деле было?

В судах других государств различаются разные стандарты доказывания. Это то, что у нас решительно не могли понять после того, так был опубликован проект Общей части УПК, подготовленный в ГПУ Президента РФ под моим руководством. Английский судья рассматривает дело о финансовом мошенничестве. Причем в одном процессе можно соединять уголовные и гражданские дела. И в итоге процесса по гражданскому делу ответчик признается виновным, т.е. мошенником, и должен заплатить компенсацию, но в рамках уголовного дела он признается невиновным и должен быть с почетом отпущен на свободу. Почему? Кто же он, мошенник или не мошенник? Ответ такой: в рамках гражданского судопроизводства он мошенник, потому что в гражданском судопроизводстве действует стандарт “по перевесу улик”, и поскольку перевес улик был на стороне Барристера обвинения, то, конечно, он мошенник. Но в рамках уголовного процесса действует другой стандарт: “вне разумных сомнений”. И поскольку это так, и высший стандарт не был достигнут, то он не виновен по уголовному делу. Как сказал один неглупый юрист, а именно Проховщиков, автор книги про судебное красноречие: “Судоговорение не устанавливает истину, но решает дело”. Если вы в этом сомневаетесь, то вы должны понять, например, для себя, а это как по “Русской Правде” ухитрялись решать споры на сумму не выше 1 рубля жребием. Если вы откроете Франсуа Рабле, то он описывает процесс, в ходе которого судья прочитал тетрадь бессмысленной юридической латыни, после чего предложил сторонам бросит кости: если чет, то прав истец, если нечет - прав ответчик. И это действительная процедура, это не выдумка, так оно и было. Как? Почему? Как существовал такой процесс? Где же истина? Как же жить? А истина, по-видимому, заключается в том, что процесс вовсе не занимается познанием истины, процесс занимается решением дел правовым порядком. К счастью, решение конфликтов - это слишком серьезная вещь, чтобы доверять ее юристам. И поэтому подавляющее большинство конфликтов решается вне рамок процессуальных, что и позволяет этим странным юридическим правилам существовать. Собственно, все эти правила, а также суды, парики и все такое прочее - существуют не для установления истины, а для того, чтобы общество демонстрировало собственный культурный уровень, провозглашало свои ценности, правовые ценности. Вот для того, собственно, судьи и заседают. Тот, кто понимает юридический кретинизм судопроизводства и хочет достичь социально полезного результата, делает обычно две вещи: либо превращает судей в чиновников, которые выполняют определенную функцию, а для этого отбирает у судьи независимость и дает ему указания. В советском правосудии было принято, скажем, выводить цифру, сколько надо осудить людей к лишению свободы, потому как надо и людей на стройки народного хозяйства посылать. Вот приходила тетя из Минюста и говорила, какая статистика должна быть. Одна моя знакомая судья тех еще времен говорила: “Вот пришли, сказали: 70% лишения свободы. Плачу, но даю, плачу, но даю”. Куда ей деться? Это первый ход. А второй ход состоит в том, чтобы вместе с судьями посадить людей, скажем, присяжных, которые будут решать дело не в рамках юридического подхода, а по другим стандартам, и сформировать тогда суд как учреждение, в котором судья и стороны работают юридически, но точку ставят совершенно другие люди, которые рассуждают не юридически, благодаря чему достигается социально полезный результат. И стандарты доказанности в суде присяжных и в суде обычном разные. Более того, присяжные очень интересно подходят к содержанию закона. Например, они оправдывают взяточников, это очень типично. Присяжные, например, не понимают, как это можно в драке умышленно убить. Это Царь-батюшка понимал в 1845, Николай Павлович, что должна быть специальная норма об убийстве в драке. У нас присяжные не считают это умышленным убийством. Еще присяжные оправдывают практически всех, кто обидел милиционера, одновременно, впрочем, и оправдывая милиционеров, которые кого-то обидели. Или, например, если работяга на рынке получил 50 рублей фальшивые, а потом, нет, чтобы прожить неделю без пищи и воды, а тоже пошел на рынок их менять, то ему, вроде, положено от 8 до 15 лет, потому что он посягнул на нашу кредитно-финансовую систему, никак не меньше. С точки же зрения присяжных он не виновен.

Я могу также сделать следующий вывод, что раз уж истины в процессе нет, то наши знания о событии определяются двумя вещами: во-первых, нашей позицией, у прокурора и адвоката поэтому разные знания, и, во-вторых, нашими орудиями, нашими средствами, т.е., в частности, доказательствами. Уголовный процесс устроен таким образом, что средства и орудия со временем изощряются, но вовсе не в направлении гносеологическом, не в направлении понимания, знания, познания, а скорее в направлении правовой процедуры, потому что общество по мере развития придумывает все новые и новые правовые барьеры. Но в каждый данный момент средства и орудия, законно употребляемые в рамках судопроизводства, правовые. Они отражают степень понимания человека в данном обществе. Например, пытка всегда была правовой процедурой, и это нельзя у пытки отнять. В инквизиции монахи были вовсе не сумасшедшими садистами, они работали по правилам. И поэтому смысле пытка была огорожена разного рода правовыми запретами, правовыми предписаниями, и у самих пытаемых не было сомнений в том, что пытку применить надо. Так, впрочем, и у наших уважаемых коллег, прокуроров тоже самое. Давеча я был в Краснодаре, и как раз обсуждался вопрос о пытках, и прокурор сидела, сидела, про электрошок начали говорить, она говорит: “А без этого чего же он тогда сознаваться будет?”

В средние века было научно установлено, что ведьма легче обычного человека. Это был научный факт. В соответствии с этим фактом применялись определенные правовые процедуры установления ведьмовства. Их было несколько, этих процедур. Например, во Франции применялась такая процедура: женщину раздевали, связывали правый палец на правой руке с большим пальцем на левой ноге, так же делали с правой ногой и левой рукой и бросали бедняжку в реку; если она тонула, то делали вывод, что она невиновна, но если она всплывала, то считалось, что она легче нормального человека, поэтому ее судили. В Голландии применялась другая процедура: приглашали пять почтенных бюргеров, женщину раздевали, они смотрели на нее и определяли ее вес, дальше ее взвешивали, и если она оказывалась легче, ее считали ведьмой. Это тоже вполне понятная экспертиза. Но это была правовая процедура, и тут не убавить не прибавить.

Так вот, считая, что наши знания определяются нашей позицией и нашими орудиями, а истина так называемая процессуальная определяется для целей решения дела здесь и теперь, причем результаты в отличие от физических или химических экспериментов в судоговорении не воспроизводимы повторно, мы и должны исходить из этого. Из этого, кстати, следует и другой забавный вывод: рассуждения советской процессуальной науки про свойства доказательств никакого реального основания не имеет, это такие фантазии, почерпнутые из “Материализма и эмпириокритицизма”. Относимость, допустимость, достоверность, достаточность - не свойства доказательств как предметов вне нас. У доказательств нет никаких свойств. Более того, доказательством является не то, что мы сможет использовать в качестве такового. И доказательственное значение чего-то определяется вовсе не объективными свойствами предмета, а способами работы с этим предметом. Вот простейший пример. У предполагаемого злодея нашли паспорт жертвы. Когда в ходе судопроизводства прокурор предложил использовать паспорт жертвы для целей доказывания того, что жертва и подсудимый были знакомы, судья прервал его, указав, что следователь не приобщил этот предмет к делу в качестве вещественного доказательства, а это значит, можно его использовать лишь для целей установления личности покойного путем сличения его лица с фотографией на паспорте, т.е. использовать его как документ. Поскольку не вынесли постановления о приобщении паспорта к делу в качестве вещественного доказательства, нельзя использовать для изобличения подсудимого факт нахождения у него паспорта жертвы. Доказательство - это цель его использования. строго говоря, никаких иных свойств нет, доказательство - это цель его использования. На смену естественно-научной трактовке доказательств как объекта вне нас, обладающего определенными свойствами, которые мы познаем, находясь от него в отдалении или приписываем ему разные свойства, приходит другая трактовка, деятельностная, если хотите. Доказательство - это то, что мы можем использовать в качестве такового, что мы ухитряемся использовать в качестве такового. И в этом смысле единственным свойством доказательства является его допустимость. При этом мы сталкиваемся с совершенно странными вещами, вроде странными, нелогичными. Например, то, что допустимо для одних целей, оказывается недопустимым для других целей; то, что допустимо в одних руках, оказывается недопустимым в других руках и т.д. Вот, например, история про проверку показаний на месте. Это следственное действие, оно не признано отечественным правом, а на Украине оно признано. У нас проверку на месте производят главным образом для того, чтобы получить от обвиняемого признание при понятых. Но в ходе проверки показаний на месте иногда получается это сделать, а иногда не получается. Вот, например, по одному делу в кустах должны были быть, судя по показаниям обвиняемого, ключи от чужого помещения, в которое он якобы проник, но этих ключей не нашли. Прокурор в этом процессе встает и заявляет ходатайство об исключении из разбирательства этого протокола на том основании, что только что до него дошло, оказывается, что проверки показаний на месте у нас в законе нет. Судья, вроде, уже собирается стукнуть молоточком и сказать: “Да, из разбирательства исключить”. Но тут встает адвокат: “Вы знаете, мой подзащитный вообще не должен платить за ваши ошибки. Такого следственного действия нет, но давайте используем это не как протокол следственного действия, а как иной документ. Из этого иного документа вытекает, что мой подзащитный, во-первых, плохо ориентировался на месте и, во-вторых, никаких ключей в кустах нет, которые он якобы туда бросил”. И получается, что доказательства, которые пригодны для целей обвинения, не пригодны для целей защиты и наоборот, и этот протокол несуществующего следственного действия был предъявлен присяжным. Или, например, такая головоломная история с двумя господами, которые якобы совершили убийство. На месте преступления остались отпечатки пальцев того и другого, но потом выяснили, что отпечатки пальцев одного из них были получены, когда понятого допрашивали в качестве свидетеля, тоже характерная ошибка наших правоохранительных органов. И в ходе процесса встал вопрос, можно ли использовать эти протоколы, и, вроде, нельзя, потому что с точки зрения советской теории права, допустимость доказательства - это надлежащий источник, надлежащий субъект, надлежащее оформление и надлежащая процедура. А тут нарушено правило о понятых. Но тогда один из этих господ-подсудимых говорит следующее: “Если вы исключите протокол и не предъявите присяжным чужие отпечатки пальцев, выйдет, что обнаружены только мои отпечатки пальцев. А моя версия состоит в том, что был эксцесс исполнителя, что я то хотел только украсть, мы нарвались на хозяйку, и тогда мой подельщик ее убил. Но если вы исключите отпечатки его пальцев, полученные ненадлежащим образом, то получится, что я был один, но это неправильно”. И судья допустил использование ущербного протокола. Но по делу другого подсудимого протокол допущен быть не может, потому что его отпечатки зафиксированы с нарушением закона. Если этих господ судят в рамках одного и того же процесса, судья вынужден дать присяжным инструкцию, согласно которой, рассматривая дело первого, они должны считать, что были отпечатки пальцев второго, а рассматривая дело второго, считать, что его отпечатков пальцев не было обнаружено на месте происшествия. Вот благодаря подобным странным штукам, которые сильно опровергают советскую теорию доказательства и даже труды по допустимости доказательств, скажем, господина Кипниса и прочих достойных людей, формируется почва для создания в России профессиональной юриспруденции, т.е. юриспруденции изощренной, правовой и не доступной для понимания простых смертных. В свое время, в 1922 году, собралась в Москве губернская конференция деятелей юстиции, и там торжественно записали в решении, что еще некоторое время назад, буквально два-три года назад, в состав судей набирали людей от сохи и станка, которые никакого отношения к буржуйской юриспруденции не имели, и даже неграмотных, но как хорошо эти товарищи теперь решают дела! Или, как говорят сегодня, отписывают дела. Конечно, если юриспруденция не носит правого характера, а является одной из форм государственного управления, то грамотные - помеха, а для обслуживания карательной машины никаких правовых представлений не надо, изощренности тоже не надо. Поэтому понятно, что в Российской Федерации 0,36% оправдательных приговоров. Но это, конечно, можно объяснить выдающейся работой следствия, возможно, это так и есть, в чем я, правда, сомневаюсь. Но вот чего нельзя ничем объяснить, это то, что в Российской Федерации отменяется за неправильным осуждением 0,5% обвинительных приговоров, и за неправильным оправданием - 42% оправдательных приговоров из тех 0,36%. Получается, что российский судья в 850 раз чаще ошибается в оправданиях, чем в обвинениях. Как это возможно, непонятно. Обвинительный уклон еще базируется на пренебрежении хитростей доказательственного права, которые считаются излишними. Более того, такая наперсточная позиция она характерна и для Верховного Суда. Например, Московский областной суд работает возле станции метро “Баррикадная”, а Московский городской - у “Преображенской площади”, и их курируют разные составы. Там, где курирует состав Шурыгина, считается, что неразъяснение обвиняемому содержания статьи 51 Конституции есть бесспорное основание для исключения из разбирательства доказательств. Там, где курирует состав судебный под председательством Меркушова, там считается, что не разъяснили, ну и Слава Богу, главное, что разъяснили право давать показания, а тем самым, как бы и право не давать показания.

Из того, что я сказал, можно сделать вывод, что сама по себе ущербность материала, нарушение закона при его получении, не обязательно означает его гибель как доказательства, потому что если вы сможете его использовать, то он станет доказательством. Я вам привел пример с протоколом проверки показаний на месте, вроде материал ущербный, но он может быть использован, и тогда он становится доказательством, главное понять для каких целей.

Теперь, наверное, уместно сообщить вам то, что я обычно сообщаю - это про Запад. Почему-то у нас считается, что мы принадлежим к романо-германской правовой системе, а из этого делается вывод, что все остальное от лукавого. Скажем, прецедент - слово ругательное, а когда спрашивают: “Почему нельзя ссылаться на конкретные судебные решения?”, то ответ кабинетных ученых таков: “Но мы же принадлежим к романо-германской системе”. Как будто романо-германская или англо-саксонская системы - это такие вот ярлыки, типа ярлыка “осел” на клетке со львом. Или же, например, если мы принадлежим к романо-германской системе, так мы и присягнули жить по романо-германской модели: шаг право, шаг влево - побег, прыжок на месте - провокация. На самом деле, романо-германской, англо-саксонской, континентальной, островной системы не существует в чистом виде, как не существует, например, правового государства в чистом виде, абсолютно черного тела. Даже физические законы вовсе не действуют в том виде, в каком они изложены в формулах. Поэтому, кстати, есть наука, которая работает с идеальными объектами, и есть техника, которая работает с присадками, поправочными коэффициентами. Наша надежда на то, чтобы все можно разъяснить в нормах, для чего надо создавать очень детальные процессуальные кодексы, это - иллюзия. В Баварии в XYIII веке пытались это сделать, но ничего не вышло, т.е. выяснилось, что кодекс вроде бы детальный, а все равно его надо разъяснять судейскими решениями. Причем самое парадоксальное, что переразъяснять его надо было от года к году. Вот, вроде бы, бумага одна с одними и теми же словами, но ее понимание почему-то изменилось. Так вот, разумная техника работы предполагает в рамках судопроизводства, работу даже не столько с нормами, сколько с правопониманием, и нормы тогда превращаются в заповеди. Вот, скажем, заповедь “не убий” обрастает многими другими толкованиями. У Леонида Андреева есть совершенно великолепная история про священника, к которому пришел бесенок. Бесенок решил стать христианином. И священник, обрадовавшись, что вот такую душу он обратил, неожиданно понял интересную вещь, что самый плохой человек отличается от самого хорошего бесенка тем, что внутри у него есть нравственный закон, а у бесенка нет. Поэтому, когда священник сформулировал ему заповеди, бесенок по ним жить не смог. Например, батюшка сказал, что главный закон христианской церкви - это непротивление злу насилием. Но когда бесенок не воспрепятствовал убийству и изнасилованию женщины, священник ужаснулся, а тот ему сказал: “Вы же не велели сопротивляться злу насилия, я и сидел, смотрел”. Так священник и умер, сочиняя кодекс для бесенка по принципу “если, то...”, написал огромную книгу.

В области доказательственного права, по-видимому, предстоит работать с заповедями, а по мере применения заповедей будут рождаться прецеденты. И правопонимание XXI века будет сильно разниться с правопониманием XX века, причем, в рамках одних и тех же заповедей, в рамках похожих правовых процедур. О каких заповедях я говорю в этой книге, которую я буду иметь честь подарить Ольге Николаевне: “Доказательства в российском уголовном процессе”, выпущена Независимым экспертно-правовым советом. Первая заповедь состоит в том, что допустимость материалов в качестве доказательств не зависит от оценки их важности для исхода дела. Типичная логика процессов состоит в том, что, когда некто заявляет, что вот этот материал получен с нарушением закона, то ему отвечают: “Он же важен для установления истины!”, поэтому нарушением закона можно пренебречь. И когда я докладывал в Верховном Совете закон о суде присяжных, который был написан, главным образом, не ради суда присяжных, а ради введения состязательной процедуры, и, в частности, часть 3 статьи 69 УПК, где было сказано как раз про процедуру исключения доказательств из разбирательства, то Степанков, тогдашний Генеральный прокурор, мне говорил: “Это как же так, девочка-прокурор где-то подпись не поставила, и преступника отпустят гулять на свободе”. Конечно, как же иначе! Если истец назвал деревья виноградными лозами, то он проигрывал в рамках легисакционного древнеримского процесса. Если вы прокурор, пишите как положено, ставьте подписи, где велит закон. Вторая заповедь. Если закон существенно изменил условия допустимости материалов в качестве доказательств, то не могут быть положены в основу обвинения те правила, которые не соответствуют положениям нового закона. Что это означает? Существует понятие обратной силы закона. Применительно к процессу существует правило, согласно которому применяются нормы, действующие в момент рассмотрения дела. Из этого, наверное надо сделать вывод, что, если раньше действовали более мягкие нормы, а теперь действуют более жесткие нормы, то материалы, полученные раньше, должны оцениваться по современным, более жестким нормам и наоборот. Иными словами, при ужесточении правил доказывания, ситуация толкуется в пользу обвиняемого. Если сегодня нормы смягчили, а раньше собрали доказательства по старой, более жесткой процедуре и ее нарушили, то надо применять не новые правила, а старые и наоборот, если раньше применяли более мягкие нормы, менее сложные, а сегодня нормы усложнились, надо применять новые нормы, потому что уровень правопонимания изменился.

Следующее правило состоит в том, что то, что дозволено быку, не дозволено Юпитеру. Юпитер - это прокурор, сторона обвинения - громовержец. Сторона обвинения в большей степени связана правилами допустимости, чем сторона защиты. В том же Краснодаре вышла совершенно забавная дискуссия с судьями. Судья говорит: “Ни одно доказательство, которое не пройдет через меня, присяжные не увидят”. И это правильно. Дальше она говорит, что защитники работают самостоятельно и приносят всякие бумаги: заключения экспертов, какие-то объяснения свидетелей. “А я их не показываю присяжным”, - говорит судья. А почему? А потому что они собраны непроцессуальным путем. На что я спрашиваю: “А что, существует процессуальный порядок сбора доказательств стороной защиты?” Она говорит: “Нет”. “А почему же вы тогда не допускаете?” “А потому что собраны непроцессуальным путем”. Процедуры существуют для правоограничения действий государственных органов. Сторона защиты в том виде, в каком она есть сейчас, не связана определенной процедурой собирания доказательств. И в этом смысле у нас как бы тоже советская хитрость, когда вам говорят, что вы имеете право представлять доказательства, статья 70 говорит, что любой может представлять доказательства, но когда он их представляет, ему говорят, что вы собрали их непроцессуальным путем. А когда он говорит, где этот процессуальный путь, которым я могу их собрать, ему говорят, что такого пути нет, но представлять доказательства вы можете, потому что это ваше неотъемлемое, конституционное право, и все в таком духе. Представлять-то вы можете, а решать-то буду я. Материалы, собранные в интересах защиты, подчиняются совершенно другому процессуальному режиму, чем материалы органов уголовного преследования.

Четвертая заповедь состоит в том, что интересам стороны служит тот материал, на использовании которого она настаивает. У нас патерналистское судопроизводство. Это значит, что не ты решаешь, то тебе выгодно, а за тебя решают, что тебе выгодно. Судья - это такой общий отец, который следит за тем, чтобы никого напрасно не обидеть, чтобы все было хорошо и правильно, всем во благо. Хотя Достоевский писал, что человеку нужно не благо, а самостоятельное хотение. Можно, например, себе представить, что вопреки законодательному запрету сообщать сведения о судимости обвиняемый захочет сообщить об этом присяжным, и в контексте этого то, что он захочет это сделать, служит его интересам, хотя бы, объективно, как это у нас любят говорить, и он ошибался. Хотя что такое объективно? Это не понятно. Подсудимый-то хочет доказать, что он по приютам с детства скитался и от этого украл два дезодоранта с прилавка, за которые его сейчас и судят и осуждают на 4 года лишения свободы.

Пятая заповедь: обвиняемый не расплачивается за ошибки и злоупотребления следствия. Я приводил вам пример с отпечатками пальцев двух человек: следователь ошибся. Но из-за этого не должен страдать подсудимый, желающий выдвинуть версию об эксессе исполнителя.

Шестое заповедь касается распределения бремени доказывания. Бремя доказывания ущербности лежит на стороне, которое заявляет ходатайство. Но с того момента, когда ущербность будет продемонстрирована, бремя доказывания перелагается на противоположную сторону, которая должна показать, например, что да, действительно, защитника при допросе обвиняемого не было, но это произошло не преднамеренно, а потому что обвиняемый так сам захотел. Это уже ее проблемы, как она это будет доказывать.

Седьмая заповедь воспроизводит доктрину плодов отравленного дерева. Это старая доктрина, которая применяется в англо-саксонском процессе. Правило гласит, что в том случае, если некую выгоду органы уголовного преследования получили за счет незаконного действия, то выгода уничтожается. Например, когда агент ФБР приходит в дом, чтобы пригласить свидетеля на суд, и видит, что в доме висят автоматические винтовки, выясняет по картотеке, имеет ли этот господин разрешение, и соответственно возбуждает против него дело. Это считается плодами отравленного дерева, потому что агент ФБР пришел в этот дом без ордера, для того, что позвать свидетеля в суд. И поэтому его полномочия ограничиваются вызовом свидетеля и больше ничем. Поэтому то, что у свидетеля на стене автоматические винтовки или чьи-то ноги торчат из комнаты, ничего не значит. Отравленное дерево дает отравленные плоды.

Следующая заповедь состоит в признании эффекта “домино”. Если протокол осмотра оказывается незаконным, недопустимым, то юридическую силу утрачивает и все с ним связанное, в частности, материалы, которые были собраны на месте происшествия, экспертизы этих материалов, опознания. Вот например, забавный случай. Сотрудники органов внутренних дел провели оперативный эксперимент, забыв вынести постановление о проведении оперативного эксперимента, и поймали с поличным взяткополучателя. А потом выяснилось, что этого постановления нет. Но зато они дали показания про того, как они ловили взяточницу, что левой рукой из левого кармана достали доллары, и они посыпались на пол. С точки зрения правовых представлений показания не могут восполнить дефект самого оперативного эксперимента, потому что, если оперативный эксперимент был дефектен, и они находились на этом месте в целях производства оперативного эксперимента, то их показания, связанные с производством оперативного эксперимента, ничего не стоят, ибо оперативный эксперимент юридически не состоятелен. А если бы эти его показания что-то стояли, тогда бы не надо было и протоколов писать, а просто достаточно было свидетельских показаний оперуполномоченного, что, мол, иду я по улице, а навстречу мне прохожий, у него в кармане наркотик, все, больше ничего доказывать не надо.

И последняя заповедь. Я ее формулирую так: нарочитость чревата ущербностью. Что это означает? Всякое действие, которое проводится специально для определенных целей, оказывается под огнем критики в отличие от действия, которое совершается случайно. Например, одно дело ведется оперативная видео-съемка конкретного человека по подозрении в конкретном злодеянии, и тогда тут же начинается разбор, а были ли возбуждено уголовное дело, а были юридические основания для его возбуждения? А есть ли постановление, а приобщены ли все эти видеоматериалы к делу постановлением начальника органа дознания? А другое дело: стационарная кинокамера, которая записывает все, что в данном месте происходит. В этом случае такой процедуры не требуется. И то, что получилось в результате этой невыборочной, сплошной съемки, не направленной на конкретного человека, можно рассматривать просто как иной документ в смысле статьи 88 УПК РСФСР.

**Список литературы**

Пашин Сергей Анатольевич, судья Московского городского суда. **Доказательства в уголовном процессе.**