

А.А. Кухта

**ДОКАЗЫВАНИЕ
ИСТИНЫ
В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ**



А.А. Кухта

Доказывание истины в уголовном процессе

*Уважаемый Оксандр Владимирович
Калининский! Как всегда, спасибо
вам всегда!*

*С уважением
Аким*

Нижний Новгород 2009

ББК 67.411
К95

Кухта А.А.
К95 Доказывание истины в уголовном процессе: Монография. – Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2009. – 569 с.

Монография посвящена разработке ключевых понятий теории доказательств и доказательственного права.

Автор рассматривает проблему доказывания истины по делу в свете различных теорий и учений, сложившихся в классической, неклассической и постнеклассической науке. Он делает попытку представить новую трактовку доказательства, доказывания и истины в уголовном процессе.

Для научных и практических работников в сфере уголовного судопроизводства, студентов и преподавателей юридических вузов.

Рецензенты:

доктор юридических наук, профессор *Н.Н. Ковтун*;
доктор философских наук, профессор *Г.П. Корнев*;
доктор юридических наук, профессор *В.А. Лазарева*

Оглавление

Введение.....	4
---------------	---

Глава 1. Факты, доказательства, доводы в уголовно-процессуальном доказывании

§ 1. Факты.....	9
§ 2. Доказательства.....	81
§ 3. Доводы.....	167

Глава 2. Познание, понимание, доказывание и аргументирование в уголовном судопроизводстве

§ 1. Познание и понимание.....	242
§ 2. Доказывание	330
§ 3. Аргументация	402

Глава 3. Истина в уголовном судопроизводстве

§ 1. Природа истины в уголовном судопроизводстве.....	474
§ 2. «Отсутствие разумных сомнений» как критерий истины ...	541

Введение

Сегодня, когда актуализировался вопрос о продолжении судебной реформы, многими признается необходимость обновления теории доказательств ввиду необходимости если не изменения строя процесса по существу, то хотя бы отказа от некоторых ставших одиозными положений уголовно-процессуального права. Новый УПК РФ, конечно, стал новой вехой в развитии отечественного уголовного судопроизводства, но многие его институты нуждаются в доработке. Прежде всего, это касается, доказательственного права.

За годы реформ много говорилось и говорится о состязательности, но на деле базовые теоретические представления о доказывании и средствах доказывания остались без изменения. И виной тому не законодатель, а косность профессионального сознания и науки в первую очередь. Чему подтверждением, кстати, являются и последние исследования наших коллег в области теории доказательств, о чем мы будем говорить.

Советская теория доказательств, призванная обслуживать следственный способ удостоверения юридических фактов, подразумевает в качестве субъекта познания следователя и судью, солидарно работающих над разрешением основных вопросов уголовного дела. Однако основные ее концепты некритически были перенесены в действующий закон. Нельзя не согласиться с тем, что «огромный пласт пробелов в теории российского процессуального доказывания указывают на сохранение следственных черт и в современном, пореформенном уголовном судопроизводстве»¹.

Несмотря на многообещающие заявления, которые звучали последние 15–20 лет, ничего по существу не изменилось в теории дока-

¹ Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения: Монография. – Ставрополь, 2002. – С. 152.

зательств. Подавляющая часть процессуалистов продолжает работать волей или неволей в старой парадигме. Не хватает ни интеллектуального, ни волевого ресурса для того, чтобы перейти к строительству нового, вместо того, чтобы переделывать, доделывать старую модель.

Полностью разделяем пафос обновления, которым проникнуты взгляды таких авторов, как А.С. Александров, Е.А. Карякин, В.А. Лазарева, В.А. Новицкий, и полагаем, что от благих намерений пора переходить к конкретным шагам по созданию новой состязательной теории доказательств и реформированию доказательственного права. Если нам говорят, что познание (например, индукция, дедукция, наблюдение) по своей сущности одно и то же в любом виде уголовного процесса, то тут надо возразить, указав на общепризнаваемый процессуалистами тезис о том, что главным отличительным признаком уголовно-процессуального, юридического познания является его связность, урегулированность, ограниченность правом. Это в свою очередь неизбежно заставляет признать и то, что доказывание в следственном процессе должно отличаться от доказывания в состязательной процессе.

На наш взгляд, не стоило в очередной раз обращаться к этой теме, если бы для этого не было веских оснований. Думаем, что такие основания дает постнеклассическая философия. Уголовно-процессуальная теория доказательств всегда использовала достижения различных наук, касающиеся природы познания. Развиваемые в современной эпистемологии взгляды, думается, являются новыми по сравнению с теми постулатами марксистско-ленинской теории отражения, которой придерживалось и придерживается большинство наших коллег, плодотворно работавших и работающих над проблемами уголовно-процессуального доказывания¹.

¹ Мы совершенно не склонны упрощать сложную картину, сложившуюся в нашей уголовно-процессуальной науке по поводу гносеологических проблем. Здесь имеется в виду общий тренд, позиция большинства процессуалистов. Хотя были и есть представители, высказывающие отличную от общепринятой точку зрения по вопросам познания в уголовном производстве. В дальнейшем мы попытаемся обозначить узловые моменты дискуссий по вопросам познания, имевшие место в процессуальной литературе.

Можно, конечно, и дальше делать вид, что в мире ничего не происходит. Однако, на наш взгляд, это неправильная позиция. Современный интеллектуальный ландшафт претерпевает, на наших глазах, фундаментальные изменения. Иные говорят о кризисе гуманизма, философии, культуры¹. Однако если даже уйти от апокалиптических диагнозов, нельзя не признать, что мы живем в эпоху, когда авторитарный режим господства единой идеологии, единой истины сменился не менее опасным режимом отрицания всякой идеологии, отрицания истины, говоря точнее, уравнивания истины с ложью. И это не простые словесные баталии. Рано или поздно идеи, рожденные в них, прорастут и в политике, и в законодательстве, и в правосудии. Надо дать отпор попыткам, какую бы личину они не принимали, опорочить, а значит – разрушить основы, нравственные, интеллектуальные, культурные, уголовного судопроизводства, теории доказательств. Необходима мобилизация интеллектуальных ресурсов для того, чтобы модернизировать современную теорию познания, сделать ее конкурентоспособной в борьбе с модными течениями, а таким образом оправдать, показать ценность российского правового устройства и судопроизводства. Если теория доказательств не будет модернизирована, не будет отвечать на вызовы времени, она станет уязвимой перед упреками в устарелости, маргинальности. Значит, она перестанет выполнять свою методологическую, мировоззренческую роль.

Мы хотим поставить старый метафизический вопрос о возможности адекватного воспроизведения реальности в уголовно-процессуальном знании, которое в свою очередь фиксируется в приговоре суда, ином процессуальном решении по уголовному делу. Полагаем, что этот вопрос становится актуальным каждый раз, когда меняется парадигма познания, сопровождающаяся фундаментальными изменениями в социально-экономической формации, культуре. Время сейчас именно такое, чтобы обсудить этот вопрос.

¹ В последнее время слово «кризис» вообще стало модным не только при характеристике интеллектуальных ценностей, но социально-экономических. Наверное, просто первые протухли раньше.

Заметим, что мы не отвергаем достижения наших предшественников и в первую очередь классиков отечественной уголовно-процессуальной мысли. Но считаем, что пришло время пересмотреть классические представления теории познания в свете постнеклассической философии. Мы пытаемся найти в работах наших уважаемых коллег то, что можно использовать, приспособить к новым условиям борьбы за обоснование правильности и справедливости российской модели уголовного судопроизводства и его интеллектуального ядра – теории доказательств.

Мы надеемся, что наше предприятие может обновить отечественную теорию доказательств или, по крайней мере, поддержит дискуссию о необходимости этого. Мы убеждены, что нельзя сказать ничего нового в теории доказательств, не обновляя методологический багаж, будучи же вооруженными знаниями из других отраслей знания¹, действуя на стыке нескольких наук, можно надеяться на получение новых представлений.

Над проблемами познания и доказывания истины в уголовном процессе работали и работают сотни, а может быть и тысячи исследователей. Охватить хотя бы приблизительно всю совокупность знаний, полученных ими по данной проблематике, – предприятие, заведомо обреченное на неуспех.

Наша работа не претендует на универсальность и энциклопедичность. Мы затронули, как нам показалось, самые острые вопросы современной теории доказывания доказательственного права, опираясь на доступные нам работы, в которых, на наш взгляд, наиболее типически или, напротив, экстравагантно эти вопросы освещались. Пожалуй, мы бы взяли за руководство при написании данного текста завет американского классика.

Какими должны были бы быть некоторые из ведущих вопросов, с которыми надо иметь дело при таком предприятии? Необходимо, прежде всего, отчетливо принять во внимание об-

¹ Как уже отмечалось, мы используем достижения как неклассической, так и постнеклассической философии, включая такие направления, как феноменология, герменевтика, семиотика, синергетика, новая риторика, постструктурализм и др.

щую область и цели юридического познания фактов. Оно, в отличие от математического рассуждения, не может иметь дело просто с идеальной правдой, с простыми умственными концепциями; оно не стремится к демонстрации и идеально точным результатам; оно имеет дело с вероятностями, а не с несомненными фактами; оно работает в определенной обстановке, а не в вакууме; оно должно учитывать противодействие, ошибки и неудачи. Оно ни в коем случае не может быть взято как естествознание, занятое просто объективной правдой /objective truth/. Оно занято исследованием человеческого поведения, во всех его элементах порочности, невнимательности, преднамеренности и неопределенности. Нельзя его уподоблять и истории, где целью является простое установление и изложение фактов или привычек человеческой жизни и действий. У судебного познания имеется свой актуальный предмет, его главное отличие от других сфер познания в целях, которые определяются юридическими запросами; юридическое доказывание происходит в особых условиях, при строго определенных времени и месте и в условиях, которые определяют порядок проведения судебного производства и его результат¹.

И последнее, как и любое исследование в области уголовного процесса, оно не может претендовать на объективность. Это, конечно, субъективный взгляд на проблему, в определенном контексте, с позиции определенного жизненного и профессионального опыта его автора.

Автор выражает благодарность профессорам В.М. Баранову и А.С. Александрову за ценные консультации и предоставленные материалы, а оппонентам – за критику, которая помогла в написании работы.

Автор благодарен также коллегам из Нижегородской правовой академии, Высшей школы экономики (Нижегородский филиал) за оказанное содействие.

¹ См.: *Thayer J.B. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law.* – Boston, 1898. – P. 5.

Глава 1

Факты, доказательства, доводы в уголовно-процессуальном доказывании

§ 1. Факты

Факт всегда глуп.

Ф. Ницше

Исследование проблем доказывания истины мы начнем с исследования проблематики факта. Данная категория имеет методологическое значение, ибо все наши последующие рассуждения должны, скорее всего, строиться через нее. Это касается и понятия доказательства, и доказывания и, наконец, самой истины. По словам П. Мерфи, когда мы придем к пониманию того, что существо факта является гораздо более важным для теории доказательств, чем позитивное право, хотя наше юридическое образование ориентируется почти исключительно на последнее, тогда мы должны будем с уверенностью констатировать, что есть все основания сменить фокус видения доказательства¹.

Та или иная концепция факта лежит в основе определенной теории доказательств, ибо это действительно мировоззренческая категория, показывающая наше отношение к окружающему нас миру и к нам самим. Странно, что мало кто из процессуалистов и криминалистов уделял этому вопросу внима-

¹ См.: *Murphy P. An Introductory Essay / Evidence, Proof, and Facts. A Book of Sources.* – Oxford, 2003. – P. 5.

ние¹. И, напротив, совершенно оправданно В.В. Никитаев, выступив с радикальными предложениями по пересмотру понятия судебного доказательства, выдвинул концепцию «догмы факта», что позволило ему прийти к выводу, что в процессе доказывания устанавливается субъективное состояние уверенности или процессуальная истина².

Мы исходим из того, что выявление новых содержательных моментов в базовых понятиях теории доказательств возможно только через скрупулезное рассмотрение понятия факта, привлечение новых научных данных относительно этого феномена в теорию уголовно-процессуальных доказательств. Полагаем, не вызовет возражений утверждение о том, что актуальными являются вопросы о сочетании субъективного и объективного в структуре факта, соотношения факта с объективной реальностью (или даже об отождествлении его с нею), о связи факта-доказательства и факта-доказываемого. В данном параграфе мы попытаемся указать возможные направления поиска ответов на эти вопросы в свете *постнеклассической философии*, возможно, это позволит нам осветить некоторые понятия теории доказательств в новом свете. Существуют и другие не менее важные моменты в природе факта, которые мы наметим здесь и разрабатывать которые будем на протяжении нашей работы.

Начнем мы с истории вопроса, с «классического» или, можно сказать, обычного представления о факте. Слово «факт» проис-

¹ К числу работ, где в той или иной мере разрабатывается этот вопрос, можно отнести следующие: *Колдин В.Я.* Информационные процессы и структуры в криминалистике / В.Я. Колдин, Н.С. Полевой. – М., 1985. – С. 40–51; *Балакишин В.С.* Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания: Монография. – Екатеринбург, 2004. – С. 100 и след.; *Давлетов А.А.* Факт, информация, знания в структуре уголовно-процессуального познания // Правоведение. – 1990. – № 2. – С. 88–92; *Никитаев В.В.* Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление // Состязательное правосудие: Труды научно-практической лаборатории. – М., 1996. – Вып. 1. – Ч. 2. – С. 281 и след.

² См.: *Никитаев В.В.* Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление. – С. 281, 300–301.

ходит от латинского «*facere*» – делать; и соответственно «*factum*» – «сделанное», «действие», «дело». Древние римляне говорили «*ex facto oritur jus*». Этот принцип должен быть понят в том смысле, что в обязанность судебных органов исследование сомнительных или спорных фактов входит так же, как применение принципов юриспруденции к тем фактам, что установлены.

Согласно общеупотребимому значению факт – это действительное, вполне реальное событие, явление; то, что действительно произошло. *Факты говорят за себя. Изложить факты. Проверить факты. Поставить перед фактом кого-нибудь*¹. Под фактом в обыденной речи принято иметь в виду определенное событие, которое действительно произошло в прошлом, явление, происходившее или происходящее «на самом деле». Характерно, что С.И. Ожегов указывает на следующих два значения толкования доказательства: «1) довод или факт, подтверждающий, доказывающий что-н. ... 2) система умозаключений, путем которых выводится новое положение»².

В Большом юридическом словаре факты (юридические) определяются как предусмотренные в законе обстоятельства, при которых возникают (изменяются, прекращаются) конкретные правоотношения³. Заметим, кстати, что когда-то в юридическом словаре указывалось, что доказательства (судебные) – это «доказательственные факты, то есть факты, устанавливающие или опровергающие те обстоятельства, которые должны быть исследованы в деле; а также средства доказывания, то есть те источники, из которых следственные органы и суд получают сведения о доказательственных фактах»⁴.

Получается, что в обычном представлении существует своего рода замкнутый круг доказательства, доводы – это факты, а фак-

¹ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. – 18-е изд., стереотип. – М., 1987. – С. 736, 374.

² Там же. – С. 147.

³ См.: Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2002. – С. 652.

⁴ Юридический словарь. – М., 1953. – С. 181.

ты – это доказательства. Почему и убеждают факты, потому что с ними интуитивно связывается убеждение как о том, что было на самом деле. Каждый, наверное, ловил себя на мысли, что при разговоре часто происходит смешение представлений о материальном и идеальном. Факты мы можем в зависимости от контекста понимать как реальные явления и как высказывания, суждения, идеи. Понимание факта как некоторой единицы опыта являлось и является в значительной мере интуитивным. Но это не причина для того, чтобы отказываться от исследования происхождения этой интуиции. Мы знаем, что интуиция иногда подводит. Именно поэтому следует внимательно проанализировать то, с чем услужливо предлагает согласиться привычная леность нашего ума¹.

Весь комплекс традиционных (возможно, мифологизированных) представлений, связываемых с термином «факт», воплотился и в уголовно-процессуальном языке. Если обратиться к работам процессуалистов классического периода развития науки, то при определении понятия доказательства наблюдается противоречивость (можно сказать, двусмысленность) в употреблении слова «факт»: он отождествляется с реальностью и в то же время выступает единицей знания, подтверждающей наличие этой реальности. Положение еще более запутывается тем, что термин «факт» используется некоторыми для обозначения того, что доказывается, наряду с термином «обстоятельство», но также используется и для определения средства доказывания – доказательства.

¹ Как отмечает английский исследователь Скум, мы сталкиваемся с трудностью дать определение доказательства абсолютно или точно. Ища такое определение, мы следуем маршрутом, который возвращает нас туда, откуда мы начали поиск. Можно получить сравнительно немного относительного смысла из термина *доказательство* в отношении этого слова с другими, что или кажутся связанными с ним, или используются синонимично: *факт, данные, информация и знание*. Есть различия среди этих четырех терминов, которые предполагают тщательное изучение, когда они берутся в связи с понятием процессуального доказательства.

См.: *Schum D.A. The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning.* – New York, 1994. – P. 8.

Скажем, французский процессуалист Боньер утверждал: «Слово *доказательство*, понимаемое в самом широком смысле, обозначает всякое средство, прямое или косвенное, позволяющее прийти к познанию фактов, событий»¹. В данном случае под фактом понимается объект познания, реальное событие.

И. Бентам писал, что «в самом общем смысле под доказательством понимают такой факт, по предположению истинный, который рассматривают как долженствующий служить мотивом для верования в существование или несуществование другого факта»². Здесь под фактами скорее следует понимать сведения³. «Таким образом, – заключает И. Бентам, – всякое доказательство включает в себе, по крайней мере, два различных факта: один, который можно назвать главным, тот, существование или несуществование которого предстоит доказать, другой – факт вероятный, который служит для доказательства существования или несуществования главного факта /principal fact/»⁴. Положительный факт тот, который выражается в положительном предложении. Отрицательный факт тот, который выражается в отрицательном предложении. Из двух фактов положительного и соответствующего ему отрицательного один непременно произошел в известное время, в известном месте. Таким образом, из двух предложений, положительного или отрицательного, одно непременно справедливо⁵. Решение судьи по вопросу факта должно принято в виде: «Я убежден, что это утверждение является вероятно истинным (или неистинным)»⁶. По мнению И. Бентама, всякое решение, основанное на доказательстве, выходит поэтому из следующего заключения: так как известный

¹ Цит. по: *Вышинский А.Я.* Теория судебных доказательств в советском праве. – М., 1950. – С. 223.

² *Bentham J.* Rationale of Judicial Evidence. – London, 1827. – P. 17.

³ В английском литературном языке существует много терминов для обозначения фактов в контексте доказывания.

В приведенном определении Бентам использует термин *matters of fact*.

⁴ *Bentham J.* Rationale of Judicial Evidence. – P. 18.

⁵ *Ibid.* – P. 19.

⁶ *Ibid.* – P. 351.

факт существует, то я заключаю о существовании другого такого-то факта¹.

Вместе с тем, И. Бентам утверждал, что факты познаются чувствами, внешними и внутренними. Внутренними чувствами человек познает только те факты, которые происходят в его душе; посредством внешних чувств он узнает обо всех остальных фактах. «Факты, понятие о которых я составил в своем уме, бывают предметом того, что называют опытом в строгом смысле; факты, о которых я составил представление как о происходивших вне меня, составляют предмет того, что называют собственно наблюдением»². В теории можно представить себе факт безусловно простой. На деле не бывает ничего подобного: факт, о котором говорят как о единичном, все же есть совокупность фактов³.

Итак, мы видим, что классик допускает под понятием «факт», с одной стороны, реальные явления, а с другой – суждения о них.

Похожие рассуждения о факте мы видим и у Беста. Связывая предмет судебного исследования с истинами факта, У. Бест подразделяет их, во-первых, на физические факты и психологические⁴. Под «физическими фактами» им понимаются такие, которые имеют место или в каких-то неодушевленных объектах, или же если и находятся в том, что можно считать живым существом, то все равно они не связаны с теми качествами, которые составляют природу живого. В то время как «психологические факты» являются тем, у чего есть место в живом существе, что неразрывно связано с качествами, которые составляют суть живого. Таким образом, существование видимых объектов, внешние действия разумных агентов, *res gestae* судебного процесса и прочее относятся к первому классу фактов, а к другому классу принадлежат такие из них и поскольку, которые и поскольку существуют только в уме человека (как, на-

¹ См.: *Bentham J. Rationale of Judicial Evidence.* – P. 19.

² *Ibid.* – P. 21.

³ *Ibid.* – P. 21.

⁴ См.: *Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness.* Tenth edition. – London, 1906. – P. 6, 7.

пример, ощущения или воспоминания, которые он осознает; его интеллектуальное согласие на любое суждение, желания или страсти, которыми он взволнован, его враждебность или намерение к совершению определенных поступков и т. д.). Психологические факты очевидно неспособны к прямому доказательству в соответствии с приводимыми показаниями: их существование может только быть установлено или признанием стороны, ум которой составляет их место «*index animi sermo*», или предполагаемым выводом из физических фактов¹.

По мнению У. Беста, могут быть выделены и два других подразделения фактов. К первому относятся или *события*, или *состояния* (*вещей, дел*). Под событием понимаются какие-то движения или изменения, которые, как предполагается, происходят или естественным образом, или в результате проявления воли человека; в последнем случае их называют действием. Падение дерева – «событие», существование дерева – «состояние», но в равной степени все это «факты». В еще одной классификации факты делятся на *положительные* или *утвердительные* и *отрицательные*: это различие, в отличие от обоих прежних, не принадлежит природе фактов как таковых, но принадлежит к дискурсу, который мы используем, говоря, мысля о них. Существование определенного положения дел – это положительный или утвердительный факт, несуществование его – отрицательный факт. Но только то, что действительно существует, является положительным фактом, для отрицательного факта требуется не что иное, как небытие положительного факта; и несуществование отрицательного факта эквивалентно существованию корреспондента в виде противоположного положительного факта. «У нашего убеждения относительно существования или несуществования фактов есть свой источник, или действительная причина (*efficient cause*) – это результат или действия наших собственных воспринимающих или интеллектуальных способностей или действия

¹ См.: *Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness.* – P. 7.

подобных способностей у других людей, сообщаемый нам дискурсом или поведением. Первое из них можно назвать доказательством *ab intra* изнутри; последнее – доказательством *ab extra*. Огромная роль, которую «доказательства *ab extra*» играют в судебной процедуре, как, впрочем, почти во всем остальном, делает необходимым, чтобы мы признавали как важность оснований веры в свидетельства людей, так и опасности, которых надо избегать, имея дело с ними»¹.

Известный русский правовед В.Д. Катков писал: «Факты становятся для нас фактами лишь благодаря идеям»². Л.Е. Владимиров считал, что «уголовным доказательством называется всякий факт, имеющий назначением вызвать в суде убеждение в существовании или несуществовании какого-либо обстоятельства, составляющего предмет судебного исследования»³. Аналогичную позицию занимал и А.Я. Вышинский: «Судебные доказательства различаются как: а) факты или обстоятельства, подлежащие доказыванию (установлению), то есть факты, которые нужно доказать, – *facta*, или *acta*, или *res probandae*, и б) факты, являющиеся способом, средством доказывания, то есть факты, которые используются для того, чтобы что-либо доказать, – *facta*, или *acta*, или *probantes*»⁴.

Как видим, доказательства, улики или факты юристы разных стран и в различные времена традиционно связывали с существованием каких-либо психических или физических явлений, которые в свою очередь подтверждали существование доказываемых фактов-обстоятельств⁵. Бросается в глаза и то, как легко факты связывались (в уме) с обстоятельствами, а те в свою очередь с

¹ *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 8.

См. также: *Bentham J.* Rationale of Judicial Evidence. – P. 47, 51, 52.

² Катков В.Д. К анализу основных понятий юриспруденции. – Харьков, 1903. – С. 51.

³ Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. – Тула, 2000. – С. 133.

⁴ Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. – М., 1950. – С. 223.

⁵ Подробнее об этом будет говориться в следующем параграфе.

доказательствами. Доказываемое – факты (или обстоятельства) и средства доказывания (доказательства) тоже факты. Причем, как видно, какое-то время не обращали внимание на неоднозначность, противоречивость трактовки доказательства как факта, игнорировали сложность процесса становления факта в процессе доказывания.

Многие авторы классической эпохи развития науки трактовали доказательства как факты, а под последними понималось достоверное о реальных событиях, в противоположность знанию гипотетическому, недоказанному, необоснованному посредством обращения к явлениям действительности. Поэтому классическая наука всегда воспринимала факт как один из наиболее существенных элементов своей гносеологической структуры, как исходную единицу доказывания. Советский философ писал: «Факт – отражение явления, отдельного отношения... Факт есть знание о явлении. Это единица эмпирического знания»¹. Собственно, цель доказывания в таком классическом понимании выступает как собирание фактов и их последующее обобщение с выведением основания для разрешения дела.

Мы видим, что при отождествлении факта со знанием под понятие «факт» подпадает весьма разнообразный круг феноменов, которые имеют лишь два общих признака: 1) «факт» означает некое *единичное представление* (скажем, пример) и 2) с представлением о факте всегда связана уверенность в действительном, реальном существовании содержания известного представления. Фактом признается то, что найдено нашими чувствами внутренними или внешними, а не выведено путем длинного ряда умозаключений. Но, и это важный сдвиг в понимании факта, он трактуется как *элемент в структуре знания*.

Итак, уже в рамках классического периода развития теории доказательств проявляется многозначность понятия «факт»; его определяют как «фрагмент реальности», «высказывание о фраг-

¹ Вахтомин Н.К. Генезис научного знания. Факт, идея, теория. – М., 1973. – С. 188.

менте реальности» и даже «содержание высказывания» – когда говорят об «объективности», «упрямости» факта.

Если говорить о современном состоянии употребления термина «факт», то можно констатировать следующее. От первоначального утверждения о том, что факт – это доказательство, то есть сведение, данное, многие ученые перешли к мнению, что факт – это элемент объективной реальности. Исходная установка советских процессуалистов и тех, кто занимается проблемами познания в уголовном процессе в настоящее время, заключалась в обосновании материалистической точки зрения на факты как события, существующие независимо от нашего сознания, но фиксируемые в процессе наблюдения или эксперимента.

Обращает на себя внимание то, что факт как фундамент знания традиционно рассматривался как «ценностно-нейтральный» феномен. Для тех, кто говорит о познании, важно разделять представление об *объективности фактов*, если не как своего рода объективных реальностях, то прочных знаниях о таковой. Это подтверждается распространенностью выражения «объективные факты», а также укоренившейся практикой говорить о предмете, пределах доказывания как «фактах и обстоятельствах». Факт определяется как «абсолютно точное, однозначное, исчерпывающее наблюдение явлений природы»¹.

Система этих представлений сформировалась в классический период развития науки, когда просветители отстаивали самостоятельность науки по отношению к религии: бог может быть только предметом веры; сфера фактов принципиально отделена от сферы ценностей. Дихотомия факта и ценности присутствует в западной философской традиции со времен Ф. Бэкона, Д. Локка, Д. Юма и др. Отечественная гуманитарная наука в значительной мере продолжает сохранять эти представления. Доказательством чему служат следующие высказывания.

В логической системе все исходные доказательства (и личные, и вещественные) представлены единичными суждениями о фак-

¹ Микешина Л.А. Детерминация естественнонаучного познания. – Л., 1977. – С. 95.

тах¹. Следовательно, *исходные доказательства* со стороны их логической формы представляют собой суждения. В суждение входят два понятия: первое обозначает тот предмет, о котором идет речь; второе – то, что говорится об этом предмете (его свойство, признак, состояние). Первое называется субъектом суждения, второе – предикатом².

Факты как действительность, данная человеку, делятся на научные и ненаучные. Научным фактом стал называться такой, в истинности которого может убедиться любой член научного общества. В научные факты не попадают регулярно невозпроизводимые в определенном эксперименте или регулярно ненаблюдаемые в оговоренных условиях явления. Это значит, что из научных фактов выпадает большинство данных человеку явлений и остаются только те, которые, так сказать, наблюдаются регулярно в оговоренных условиях. Экспериментальные научные факты создаются искусственно³.

По вопросу о природе факта как элемента объективной реальности, который познается в ходе доказывания, в современной теории права, похоже, сложился консенсус⁴. Так, например, говорится: «Суд устанавливает факты (обстоятельства дела) с помощью доказательств, на основании установленных фактов суд определяет права и обязанности»⁵. По мнению специалистов, факт обладает следующими гносеологическими свойствами: 1) единичность, то есть каждый факт неповторим, незаменим, уникален в своем роде, так как связан с конкретным местом и временем; 2) объективность, иначе говоря, возникновение и существование факта не зависит от познающего. Факт отделен от субъекта по-

¹ См.: *Эйсмэн А.А.* Логика доказывания. – М., 1971. – С. 13, 14.

² См. там же. – С. 17.

³ См.: *Рождественский Ю.В.* Теория риторики. – М., 1997. – С. 548.

⁴ См.: *Венгеров А.Б.* Теория государства и права. – М., 2002. – С. 503–504; *Общая теория права: Курс лекций / В.К. Бабаев и др.* – Н. Новгород, 1993. – С. 362–364; *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 39–42.

⁵ *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 107.

знания пространственно-временными рамками. Факт – событие прошлого либо настоящего, но происходящее вне субъекта познания; 3) природность. Факт – явление естественное, онтологическое, то есть рассматриваемое вне оценки его человеком (аксиологии); 4) опосредованность. В силу пространственно-временных границ факт не может восприниматься познающим непосредственно, лично, при помощи его органов чувств, а устанавливается через связующее звено – информацию; 5) значимость. Явление, событие становится фактом в том случае, если его познание необходимо, значимо для решения каких-либо практических задач субъекта¹.

Некоторые ученые уточняют, что в ретроспективном познании понятие факта нельзя целиком и полностью отождествлять с событием, поскольку факт – не просто событие, существующее вне субъекта, но такое событие, которое отражается или отражено в сознании субъекта и именно поэтому для него является фактом². Это, конечно, весьма важное уточнение, поскольку здесь намечается отход от традиционной границы между объективным и субъективным в структуре факта.

В уголовно-процессуальной науке господствующим является мнение о тождестве фактов с реальными событиями, подлежащими доказыванию, так что доказательства – это сведения о фактах³. Как пишет В.И. Смыслов, «в уголовном деле факты сами должны быть доказаны, доказаны доказательствами, а не чем-либо иным. Факт – цель, но не средство доказывания... Факт представляет собой явление действительное, реальное, то, что

¹ См.: Корнев Г.П. Методологические проблемы уголовно-процессуального познания. – Н. Новгород, 1995. – С. 81; Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. – Свердловск, 1991. – С. 22–23.

² См.: Иванов Г.М. Методологические проблемы исторического познания / Г.М. Иванов, А.М. Коршунов, Ю.В. Петров. – М., 1981. – С. 170.

³ См., например: Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации): Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Екатеринбург, 2005. – С. 12–13, 35–37, 48; Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Красноярск, 2006. – С. 12–13, 32, 36–38.

существует, произошло, случилось на самом деле»¹. Исходя из признаков, присущих познавательной деятельности, фактом является прошлое или настоящее событие, явление действительности, ограниченное от познающего субъекта пространственными или временными рамками и не доступное непосредственному восприятию². Факт, в силу своей отдаленности от познающего субъекта во времени и пространстве, может устанавливаться лишь через промежуточное звено, то есть исследоваться опосредованно³.

Проявление такого подхода можно найти (при желании) в части 1 статьи 74 УПК РФ. То же самое мы видим в части 1 статьи 55 ГПК РФ: «Доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основании которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела».

Однако при более внимательном анализе законодательства мы опять-таки сталкиваемся с феноменом двусмысленного использования термина «факт», столь характерного для нерелексивного, обыденного словоупотребления. Анализируя использование терминов «факт» и «обстоятельство» в тексте УПК РФ, А.С. Александров достаточно обоснованно приходит к заключению, что факты воспринимаются, устанавливаются, доказываются. Факты это и то, чем доказывают, и то, что доказываются. Факты – это обстоятельства имевшего место в прошлом события, и факты – это сведения, которыми обмениваются в про-

¹ Смыслов В.И. Свидетель в советском уголовном процессе. – М., 1973. – С. 9.

² См.: Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. – Свердловск, 1991. – С. 22; Смородинова А. Соотношение доказательств и фактов в уголовном процессе / А. Смородинова, С. Зайцева, Н. Громов // Российская юстиция. – 1998. – № 11. – С. 25.

³ См.: Корнев Г.П. Методологические проблемы уголовно-процессуального познания. – С. 81; Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. – Свердловск, 1991. – С. 23.

цессе доказывания участники уголовного судопроизводства. С одной стороны, употребление термина «обстоятельство» подразумевает элементы реальности, что составляет *объект* познания субъекта (ч. 4 ст. 29, п. 1 ч. 2 ст. 54, ч. 1 ст. 56, п. 3 ч. 3 ст. 56, ст. 61, ч. 2 ст. 69, п. 1 ч. 2 ст. 70, ст. 72, ч. 2 ст. 78, ч. 2 ст. 158, ч. 4 ст. 166, ч. 7, 13 ст. 182, ч. 2 ст. 192, ч. 2 ст. 194, п. 4 ст. 196, ч. 2 ст. 204, п. 3 ч. 2 ст. 213, ч. 8 ст. 234, п. 1 ст. 254, ч. 1 ст. 284, ч. 9 ст. 328, ч. 7 ст. 335, ч. 2 ст. 336, ч. 6 ст. 344, ч. 3 ст. 348, ч. 1 ст. 352, п. 2 ч. 2 ст. 388 и другие статьи УПК РФ). А с другой стороны, этот термин используется в том же значении, что и термины *сведения, данные, доказательства, утверждение*, как это имеет место в части 2 статьи 92, части 1 статьи 220, части 1 статьи 225, части 3 статьи 259, части 2 статьи 235, части 4 статьи 407 и других статьях УПК РФ. Получается, что «обстоятельства» препятствуют, служат основанием и поводом; они исследуются, доказываются, выявляются, устанавливаются; но они же и излагаются, содержатся в речи, тексте (протоколе, сообщении, запросе и т. п.); они «имеют значение», так же как и сведения. Значит, нет разницы между объективной реальностью и знаками ее, с которыми имеют дело участники уголовного судопроизводства. Иными словами, Кодекс допускает дуалистичность понятия факта. Законодатель не проводит четкого разграничения не только между информацией и носителем информации, но также и тем, о чем эта информация. Мысль, слово и объект мысли могут выступать в одинаковой мере реальностями в ходе судопроизводства для его участников – речедателей и субъектов познания / доказывания¹.

Верховный Суд РФ оперирует таким понятием, как «факт», в значении доказательства («подтверждено конкретными фактами»)², но

¹ См.: Александров А.С. О методологических следствиях, вызываемых терминологическими причинами (из опыта прочтения текста УПК РФ) // Правоведение. – 2005. – № 5. – С. 6–18.

² См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 28 апреля 1992 года // Бюллетень Верховного Суда РФ. – 1993. – № 5.

также и доказываемых обстоятельств¹, действий в судебном разбирательстве², средства опровержения довода³.

¹ «Исследовав данные доказательства, суд, ссылаясь на заключения судебно-медицинского эксперта, описывая обнаруженные у потерпевших повреждения, в приговоре лишь отразил факт наличия электрометок у потерпевших, но не дал никакой оценки этим обстоятельствам» // Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 18 сентября 2008 года № 5-О08-168 // Правовая система «Гарант».

«При таких обстоятельствах, учитывая установленный самим судом в приговоре факт реального перечисления денежных средств реально существующим организациям-агентам, следует признать, что отражение данного факта в бухгалтерских документах не искажало действительно имевшего место движения денежных средств и, соответственно, данных о доходах и расходах возглавляемого К. ЗАО «РусСДО», в связи с чем осуждение К. по статье 199 части 1 и части 2 пунктов «в», «г» УК РФ за уклонение от уплаты налогов с организации путем включения в бухгалтерские документы заведомо искаженных данных о доходах или расходах не может быть признано законным и обоснованным // Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 27 апреля 2006 года. Дело № 5-Д05-299 // Правовая система «Гарант».

«Эксперт не наделен правом сбора доказательств о фактах по уголовному делу» // Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 28 февраля 2008 года. Дело № 72-о07-46СП // Правовая система «Гарант».

«...установил этот факт в судебном заседании, привел достаточно убедительные доказательства получения денежных средств преступным путем. Также суд установил факт преступного получения денежных средств Т., которые затем подверглись легализации с помощью Б. и З.» // Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 13 июня 2006 года. Дело № 5-о06-23 // Правовая система «Гарант».

² «Уголовно-процессуальный закон в отсутствие соответствующего ходатайства сторон не предусматривает обязанность суда всякий раз обсуждать со сторонами факт отсутствия в процессе второго государственного обвинителя» // Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 20 октября 2008 года. Дело № 9-О08-53 // Правовая система «Гарант».

³ «Указанные доводы опровергаются фактом того, что К. при происшедшем находился с расчехленным заряженным охотничьим карабином» // Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 9 ноября 2006 года. Дело № 67-о06-81 // Правовая система «Гарант».

Противоречиво выглядит понимание фактов и в свете решений Конституционного Суда: факты понимаются им в качестве доказательств¹; процессуального действия², доказываемого фак-

¹ «Бремя доказывания, то есть сбор уличающих фактов, их оценка, установление виновности и других признаков состава правонарушения, в административном законодательстве возложено на уполномоченные государственные органы и должностных лиц» // Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ А. Кононова. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 апреля 2001 года № 7-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса РФ в связи с запросом Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области, жалобами открытых акционерных обществ «АВТОВАЗ» и «КОМБИНАТ «СЕВЕРНИКЕЛЬ», обществ с ограниченной ответственностью «Верность», «ВИТА-ПЛЮС» и «НЕВСКО-БАЛТИЙСКАЯ ТРАНСПОРТНАЯ КОМПАНИЯ», товарищества с ограниченной ответственностью «СОВМЕСТНОЕ РОССИЙСКО-ЮЖНОАФРИКАНСКОЕ ПРЕДПРИЯТИЕ «ЭКОНТ» и гражданина А.Д. Чулкова» // Правовая система «Гарант».

«Презумпция невиновности диктует признание судом всех фактов, свидетельствующих в пользу обвиняемого, – пока они не опровергнуты стороной обвинения в должной процессуальной форме» // Определение Конституционного Суда РФ от 15 января 2008 года № 193-О-П по жалобе гражданина Суринова Татевоса Романовича на нарушение его конституционных прав статьей 90 УПК РФ // Правовая система «Гарант».

«Результаты оперативно-разыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона «Об оперативно-разыскной деятельности», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона, то есть так, как это предписывается статьями 49 (ч. 1) и 50 (ч. 2) Конституции РФ» // Определение Конституционного Суда РФ от 24 ноября 2005 года № 448-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Каланчева Вадима Анатольевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 8 и 9 Федерального закона «Об оперативно-разыскной деятельности» // Правовая система «Гарант».

² «...допускаемая же оспариваемыми положениями возможность аннулирования лицензии в связи с одним лишь фактом предъявления лицу обвинения в совершении преступления несоизмерна целям, указанным в статье 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации» // Определение Конституционного Суда РФ от 9 апреля 2003 года № 172-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Вепрева Сергея Николаевича на нарушение его конституционных прав положениями частей второй и третьей статьи 10 Закона РФ «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» // Правовая система «Гарант».

та, отождествляемого с реальной действительностью¹; говорится о «фактах, содержащихся в заявлении»².

Итак, мы убеждаемся в том, насколько запутанно употребление слова «факт» в юридической, процессуальной сфере. Юристы умудряются понимать под этим словом и саму реальность, и сведения о ней, которые используются в доказывании, и сами средства доказывания. Это свидетельствует о мифологизированности их сознания.

Следует констатировать, что мы имеем дело с противоречием между двумя истолкованиями понятия «факт»: *онтологическим* и *гносеологическим*. Другими словами, в многообразии значений термина «факт» выделяются два основных смысла, вкладываемых нами в это слово, – во-первых, понимание факта как определенной единицы действительности, как элементарного явления или события, и, во-вторых, взгляд на факт как элемент человеческого знания, как исходную единицу системы и процесса научного познания³.

¹ Статья 90 УПК Российской Федерации указывает на преюдициальное значение лишь таких не вызывающих сомнения фактических обстоятельств, которые ранее были предметом доказывания по уголовному делу и подтверждены вступившим в законную силу приговором, в связи с чем они признаются установленными и ненуждающимися в дополнительной проверке, то есть данная статья рассматривает вопрос о преюдициальном значении только одного судебного акта – приговора по уголовному делу и не касается возможности признания в уголовном процессе имеющих юридическое значение фактов, установленных судом в порядке гражданского или арбитражного судопроизводства. Вместе с тем, не исключается дальнейшее совершенствование федеральным законодателем процессуального регулирования, направленного на преодоление коллизий, связанных с выводами о фактах, которые входят в предмет доказывания одновременно по уголовным и гражданским делам и устанавливаются соответственно судами общей юрисдикции и арбитражными судами // Определение Конституционного Суда РФ от 15 января 2008 года № 193-О-П по жалобе гражданина Суринова Татевоса Романовича на нарушение его конституционных прав статьей 90 УПК РФ // Правовая система «Гарант».

² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 26 декабря 2005 года № 14-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статьи 260 ГПК РФ в связи с жалобой гр. Е.Г. Одианкова» // Правовая система «Гарант».

³ См.: *Мелков Ю.А.* Факт в постнеклассической науке. – Киев, 2004. – С. 11.

Не будет преувеличением сказать, что большинство наших коллег отождествляют факты с объектами познавательной деятельности, происходящей в рамках уголовного процесса. Это *онтологическое* понимание факта. Почему произошел переход от гносеологической к онтологической трактовке факта – вопрос, на который мы попытаемся ответить далее¹. Пока же совершенно необходимо уяснить эту разницу: есть гносеологическое и онтологическое понимание факта.

Отсюда следует, что если мы хотим рассуждать последовательно, то нельзя постоянно путать в рассуждениях о доказательствах и доказывании факт-событие и факт-знание о событии. «Онтологисты» могут сколько угодно рассуждать о том, что факт – это фрагмент действительности. Пусть так. Однако и они должны согласиться с тем, что в доказывании (познании) невозможно пользоваться кусками действительности, но только высказываниями, смыслами, сведениями о ней. Но некоторые, кажется, даже не отдают себе в этом отчет. «Познание осуществляется с помощью фактов (лат. *factum* – сделанное, совершившееся), то есть событий, явлений, фрагментов реальности, которые устанавливаются, исследуются и ведут к познанию истины – того, что имело место в действительности»². Получается, что субъект фрагментами реальности выстраивает реальность под названием *Истина*. Но на подобное способен разве, что только господь Бог³.

Можно констатировать, что в уголовно-процессуальной науке при определении доказательств и содержания предмета (преде-

¹ Если брать философский контекст, то надо иметь в виду противостояние «онтологистов» и «эпистемологистов». Первые считали, что философия диалектического материализма, включая, естественно, теорию отражения, способна дать ученому инструмент познания и даже предсказать результаты исследования. Вторые ограничивали роль диалектического материализма только исследованием собственно философских проблем: логики, методологии и познания в целом.

См. об этом: *Грэхэм Л.Р.* Естествознание, философия и наука о человеческом поведении в Советском Союзе / Пер. с англ. – М., 1991. – С. 61–65.

² *Бурданова В.С.* Поиски истины в уголовном процессе. – СПб., 2003. – С. 11.

³ Несообразность подобного рода подхода очевидна многим исследователям, о чем мы будем говорить в следующем параграфе.

лов) доказывания каким-то образом переплелись оба представления относительно факта: признание факта фрагментом действительности и отождествление факта со знанием, утверждением о факте. Какой-либо отчетливой рефлексии в Кодексе по поводу столь очевидного смешения в одном понятии представления о реальном явлении и «объективном данном» об этом явлении не наблюдается.

Правильный подход, на наш взгляд, к пониманию природы факта демонстрируют криминалисты В.Я. Колдин и Н.С. Полевой. По их мнению, главное в понятии факта то, что он представляет собой элемент фактического знания. В информационном плане факт-образ представляет отраженный субъектом поток информации о свойствах объективных вещей. Факт выступает как дискретная частица информации, поток информации, имеющий качественную и количественную стороны¹.

На наш взгляд, необходимо констатировать, что, во-первых, есть *факт-1* – объективно существующее событие, явление или вещь (онтологический аспект) и есть *факт-2* – описание, высказывание относительно этого факта на некотором языке (факто-описание), то есть ментальный образ (гносеологический аспект). Во-вторых, для того, чтобы избежать удвоения номенклатуры понятия «факт», мы в дальнейшем будем употреблять это понятие главным образом в гносеологическом аспекте, то есть мы будем иметь в виду факт-2 – элемент в структуре знания.

Онтологическое истолкование понятия факта является бесполезной тавтологией для современной методологии научного познания². Но совсем игнорировать его нельзя, оно будет для нас своего рода якорем³ при последующих рассуждениях, связанных с природой факта-2.

¹ См.: Колдин В.Я. Информационные процессы и структуры в криминалистике / В.Я. Колдин, Н.С. Полевой. – С. 42, 43.

² К онтологическому аспекту имеет смысл обращаться только при объяснении нашей позиции относительно верификации факта.

³ О реальной действительности забывать мы не намерены, поскольку связываем правильность знания с его способностью соответствовать этой действительности.

Мы будем считать, что *факт есть сведение* о событии, об обстоятельстве реальной действительности, которая стала предметом познания в ходе уголовного процесса. Но можно ли тогда отождествлять факт с доказательством, под которым законодатель понимает «любое» сведение, способное установить наличие или отсутствие обстоятельств, входящих в предмет доказывания (ч. 1 ст. 74 УПК РФ)? Является ли фактом *любое сведение*, полученное из перечисленных в части 2 статьи 74 УПК РФ источников? Попытаемся ответить на эти вопросы. Одновременно с этим мы будем объяснять сочетание субъективного и объективного в структуре факта.

Как уже указывалось, многими представителями классической науки факт отождествлялся с истинным знанием о событии, в противоположность знанию гипотетическому, недоказанному, необоснованному. Так, Болдвин писал: «Факт есть объективное данное, установленное опытом, но рассматриваемое независимо от того пути, которым оно установлено»¹. Позднее советский философ утверждал: «Факт – отражение явления, отдельного отношения... Факт есть знание о явлении. Это единица эмпирического знания»². Цель доказывания в таком классическом понимании выступает как собирание фактов и их последующее обобщение с выведением основания для разрешения дела. Факт – это невыводное знание, а такое знание, которое используется для выведения умозаключений. Факт в такой трактовке выглядит суждением, сообщением, констатацией о том, что было / есть в физическом или психическом мире.

Говоря о доказательствах, Дж. Стифен указывал, что под словом «факт» подразумевается: а) все, что может быть воспринято с помощью внешних чувств; 2) всякое душевное состояние, сознаваемое испытывающим его лицом³.

¹ Цит. по: Энциклопедический словарь / Ф.А. Брокгауз, И.А. Ефрон. – СПб., 1902. – Т. XXXV. – С. 244.

² Вахтомин Н.К. Генезис научного знания. Факт, идея, теория. – С. 188.

³ См. об этом: Стифен Дж. Очерк доказательственного права / Пер. с 8-ого англ. издания с вступительными статьями П.И. Люблинского). – СПб., 1910. – С. 10 и след.

Д.Н. Стефановский иллюстрирует это положение следующим образом: то, что известные предметы расположены в известном месте и в известном порядке, это есть факт. Что человек слышал или видел нечто – есть факт. Что человек произнес известные слова – есть факт. Что человек держится известного мнения, имеет известное намерение, действует добросовестно или мошеннически, что он употребляет некоторое слово в особенном смысле, что он сознает или в данное время сознавал определенное ощущение – все это суть факты¹.

При таком подходе факт представляется как образование чисто эмпирическое, объективное; «голая», как говорят иногда, «исходная информация» о явлении действительности, без всяких «субъективных примесей». Иными словами, объективность как бы априорно свойственна факту (во всяком случае приписывается ему, презюмируется); его объективность не зависит от формы, способа его существования (от того же языка, процесса, к примеру), она как бы унаследована им от объективной реальности. Спрашивается тогда, является ли юридический факт (знание) точной проекцией реального события на правовом поле? Если да, то как, когда, почему это происходит?

Понимание факта как эмпирического данного, как *просто* информации, очевидно, не может быть принято. В афористичной форме это выразил Ф. Ницше: «Факт всегда глуп, пока его не осветит разум определенного человека»². Хотя первым был И. Кант, сказавший, что истина является не фактом, а артефактом, то есть тем, что сделано самими людьми. Кант подчеркивал, что только разум человека обладает правом быть «окончательным критерием истины»³. Иными словами, любое восприятие, любой эмпирический опыт является в конечном счете соединени-

¹ См.: Стефановский Д.Н. О пределах исследования в уголовном процессе. Очерк теории относимости доказательств. – Ярославль, 1894. – С. 51.

² Ницше Ф. Сочинения: В 2 т. / Пер. с нем.; Сост., ред. и автор примеч. К.А. Свасьян. – М., 1990. – Т. 1. – С. 211.

³ Кант И. Что значит ориентироваться в мышлении? / Пер. с нем. // Сочинения: В 8 т. – М., 1994. – Т. 8. – С. 105.

ем чувственного и рационального. Факт, стало быть, выступает как *субъективное знание* определенного реального события; он является таким опытным знанием, которое формируется рассудком с помощью априорных форм созерцания (пространства и времени). Можно, кстати, вспомнить и о платоновском учении об идеях, споры схоластов с эмпириками и пр. Любое познание есть припоминание того, что априорно уже знает человек. «Кто знает имена, знает и вещи»¹.

Факт, стало быть, выступает как *субъективное знание* определенного реального события; он является таким *опытным знанием*, которое формируется рассудком с помощью *априорных форм*. Факт – это не голая эмпирика, «не снятие информации со следа»², не просто информационная калька с объекта в сознании субъекта. В факте наличествует субъективный момент и роль этого субъективного (человеческого), «искусственного», в чем бы оно не выразилось (идеология, традиция, психология), важно понять.

Представление о субъективной составляющей факта развили до чрезвычайности неопозитивисты. Л. Витгенштейн писал: «Мир – совокупность Фактов, но не Вещей»³. В этом суть предикативного отношения к миру. Факты есть то, что делает предложение истинным или ложным, то есть сами факты как элементы реальности не могут быть недостоверными, не могут рассматриваться с точки зрения их истинности – в отличие от нашего знания, основанного на фактах. Логическое у Витгенштейна первично и полностью детерминирует наше знание об эмпирическом. Он предлагает игнорировать эмпирику, заменив ее знаковой реальностью. «Пропозициональный знак есть факт»⁴.

¹ Платон. Кратил, 435d.

² А.С. Барабаш указывает, что на основе снятой со следа информации следователь путем выявления связей между различными блоками информации получает фактическое данное – логическое доказательство.

См.: Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 34–35, 39–40.

³ Витгенштейн Л. Логико-философский трактат / Пер. с нем. В. Руднева. – М., 2005. – С. 20.

⁴ Там же. – С. 45.

Как нам кажется, В.В. Никитаев разделяет подобный подход к пониманию фактов (как суждений), так как считает, что факты существуют сами по себе, что известного рода вещи как бы по самой своей природе являются фактами, если даже они нам неизвестны. Над этим слоем фактов как бы надстраивается слой сведений о фактах, производимых теми или иными источниками, которым эти факты даны (или были даны) как они есть¹. Истина в такой интерпретации представляется как результат правильного построения суждений, а не соответствие суждений объективной реальности. По мнению В.В. Никитаева, только вследствие принципиального неразличения фактов, фактических данных и доказательств можно быть уверенным в том, что видишь «картину совершенного преступления»².

То же самое мы встречаем в работе Д. Вигмора. Он писал, что каждый простой факт может быть выражен как *proposition* /утверждение/. Доказательство является относительным термином, означающим отношение между утверждением /*proposition*/, подлежащим доказыванию (*factum probandum*), и утверждением, предназначенным для поддержки этого утверждения (*factum probans*). Одно и то же утверждение может быть *factum probans* по отношению к одному утверждению и *factum probandum* по отношению к другому, так что может образоваться серия или цепь выводов³. Д. Вигмор проводил различие между фактом и пропозицией, но он считал, что любой факт может быть выражен в форме пропозиции. Более того, отношения между доказательствами есть отношения между пропозициями /*propositions*/⁴.

На наш взгляд, вряд ли оправданным является сведение понятия факта к «формально-логическому», тем не менее, нельзя не

¹ См.: Никитаев В.В. Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление. – С. 281–282.

² Там же. – С. 285.

³ См.: Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof, As Given by logic, Psychology, and General Experience, and Illustrated in Judicial Trials, 3rd edn. – Boston, 1937. – P. 14, 15.

⁴ Ibid. – P. 868–870.

согласиться с тем, что в факте встречаются «сырая эмпирика» и рационализированный опыт, воплощенный в логике, и, очевидно, происходит какой-то процесс взаимодействия между «первичными данными» и рациональной моделью, схемой. М.К. Мамардашвили по этому поводу отмечал, что мы можем воспринять лишь то, для чего у нас уже наличествуют модели¹.

Что это за модель? Прежде всего, на ум приходит логика. В теории доказательств связь доказывания с общими закономерностями познания и, в частности, с законами логики общепризнана². Чувственное познание вряд ли является стихийным, неосмысленным процессом. Использует ли субъект познания при наблюдении, экспериментировании, расспросе имеющиеся у него знания, профессиональные навыки, приборы, инструменты и пр.? Ответ на этот вопрос следует дать положительный. Субъект не просто пассивно отражает объективную реальность, а преломляет ее в своем сознании через призму имеющихся знаний, используя приемы логико-практических операций, которые сложились к определенному времени в науке³.

Бесспорно, что у доказательственной деятельности есть непосредственная и опосредованная стороны. Эти стороны: чувственная и рациональная, переплетаются и взаимопроникают друг в друга⁴. Чувственное и рациональное, переплетаясь и взаимопроникая друг в друга, покоятся на общих закономерностях познания. Одна из этих закономерностей проявляется в свойстве *относимости фактов*. В.Д. Спасович писал, что правила, ка-

¹ См.: Мамардашвили М.К. Классический и неклассический идеал рациональности. – Тбилиси, 1984. – С. 19.

² По этому же поводу Л.Е. Владимиров заметил, что задача исследования истины в области фактов, составляющих предмет судебного исследования, по существу не отличается от общей задачи науки – выработки правильных суждений (по правилам дедукции и индукции) о фактах вообще.

См.: Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. – С. 39.

³ См.: Степин В.С. Методы научного познания / В.С. Степин, А.Н. Елсуков. – Минск, 1974. – С. 81.

⁴ См.: Шейфер С.А. Собираание доказательств в советском уголовном процессе. – Саратов, 1986. – С. 15–17.

сающиеся относимости, лежат в сфере логики¹. По словам А.А. Эйсмана, относимость доказательства – наличие логической связи между доказательством и доказываемым обстоятельством². Можно говорить, что свойство относимости является неотъемлемым свойством факта, это элемент его конструкции, то есть эмпирика ложится уже на готовую конструкцию относимости. Это подметил Новицкий, говоря, что понятие «доказательство», а значит, и содержащаяся в данном доказательстве информация подвержены влиянию теории относительности. Доказательственная информация существует относительно места и времени ее познания. Так как доказательства в большинстве случаев хранят информацию относительно фактов прошлого, то в отношении времени и места изучения доказательства доказательственная информация, в нем содержащаяся, может представляться познающему точной, а относительно реального, искомого юридического факта, «унесенного» течением времени в прошлое, – допускать ряд искажений.

Задача познающего юриста-исследователя состоит в сведении до минимума такого искажающего воздействия, так как исключить полностью влияние времени невозможно³. Иными словами, мы хотим сказать, что представление об относимости предшествует получению информации о преступлении, построению версий, получению фактов. Как совершенно правильно указывают В.Я. Колдин и Н.С. Полевой, «общее в единичном факте проявляется уже в целенаправленности его получения. Если бы факты представляли только сплошное непроанализированное отображение (отпечаток) действительности, они не смогли бы стать элементами организованного в систему знания... В процессе доказывания такой общей идеей является относимость фактов к де-

¹ См.: Прения по реферату В.К. Случевского / Протоколы заседаний отделений Санкт-Петербургского юридического общества // Журнал гражданского и уголовного права. – 1880. – Книга 5. – С. 16.

² См.: Эйсман А.А. Логика доказывания. – С. 19.

³ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения.

лу. Любой факт, любой поток информации рассматривается и оценивается в ходе доказывания в первую очередь с точки зрения их относимости»¹.

В свойстве относимости проявляется логика рационального мышления, а вместе с нею – вера в естественную связь явлений объективного мира; поэтому получается, что в относимости фактов отражается причинность явлений объективного мира (модель причинности). Наблюдение, эксперимент, сообщение и прочие способы получения эмпирических данных невозможны без предварительного определения их цели, то есть умственного «наброска» на предмет исследования определенной модели; определения относимости предполагаемых результатов познания к цели доказывания. «Непосредственный факт есть доказательство того, что мы познаем путем заключения. Все подобные заключения предполагают соотношение между различными явлениями: если А. есть доказательство В., то А. и В. должны находиться в известной связи. Чтобы убедиться в этой связи, нужно пройти через известные умственные процессы, через наблюдение, дедукцию и индукцию»².

Значит, в самой природе факта, используемого в качестве доказательства, заложена относимость, оценочное, субъективное (но и «объективное» – с позиции права, логики) свойство. Согласимся со словами И. Бентама о том, что ничто на самом деле так не влияет на определение пределов доказывания, как то, что заложено в нем самой природой конечной цели доказывания³. Значит, на средствах доказывания лежит отпечаток субъективности – цели, которую ставит перед собой субъект доказывания. Лежащее в основании доказывания правило относимости вытекает из общего логического процесса индуктивного наведения, а в основе ее лежит уверенность о наличии причинной связи между явлениями. Каждый факт имеет отношение

¹ Колдин В.Я. Информационные процессы и структуры в криминалистике / В.Я. Колдин, Н.С. Полевой. – С. 45.

² Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. – С. 38.

³ Цит. по: Murphy P. An Introductory Essay. – P. 39.

ко всякому другому факту, коль скоро один из них каким-либо определенным образом обуславливает вероятность появления другого факта – вот суть относимости. Относимость – это базовое качество рационального (но и интуитивного!) познания. Н.Н. Полянский подчеркивал: «Относимость к делу доказательств в этом смысле определяет их допустимость»¹. В этом вопросе с ним был солидарен А.Я. Вышинский². Иными словами, относимость выступает как обратная сторона допустимости, и, более того, относимость есть исходное начало, на котором покоится доказательство-факт³.

Свойство относимости доказательства, имеющее в себе логическую основу, предопределяет как первые целенаправленные действия субъекта по выявлению следов преступления, так и последующее их использование в доказывании по делу. Значит, в работе с информацией, включая ее получение, важную роль играет логическая модель, с которой в свою очередь связаны и другие искусственные правила доказывания.

Приведенный пример с относимостью убеждает нас в том, что «фактическое» существует в логической форме⁴. По крайней мере, если мы беремся анализировать рациональную деятельность, которой, без сомнения, является уголовный процесс⁵. В той системе знания, в которой находится современной российский субъект доказывания, логический аппарат имеет детерминирующее влияние на мыслительные построения. Это надо принимать как

¹ Полянский Н.Н. Доказательства в иностранном уголовном процессе. – М., 1946. – С. 31.

² См.: Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. – М., 1950. – С. 153.

³ См.: Люблинский П.И. Вступительная статья // Стифен Дж. Очерк доказательственного права / Пер. с 8-ого англ. издания с вступительными статьями П.И. Люблинского). – СПб., 1910. – С. LXI.

⁴ Но также, как будет показано далее, в вербальной.

⁵ Кстати, Леви-Стросс доказал, что помимо логического может быть и иная организация мышления, причем отнюдь не так называемое «прологическое», то есть дологическое, как бы неполноценное, недозревшее до настоящего логического, а мифическое, которое имеет свою систему и правила.

данность¹. Поэтому важнейшее правило в области процессуального доказывания заключается в том, что в качестве доказательств допускаются сведения, *имеющие отношение* к основным фактам дела, к существованию спорного вопроса.

Раз доказывание неразрывно связано с логикой, значит, логика (и, по-видимому, не она одна, но и другие отрасли знания) имеет влияние на формирование эмпирического материала, который образуется в результате непосредственного взаимодействия субъекта с объективной реальностью в ходе наблюдения, эксперимента и рассказа о ней очевидцев. Например, разве следователь не использует свойство относимости доказательств при выработке возможных версий события и выявлении следов преступления? Использует. То же самое можно сказать и о других правилах логики (дедукции, индукции). С помощью логической модели следователь познает событие преступления. Субъект не просто пассивно отражает объективную реальность, а преломляет ее в своем сознании через призму имеющихся знаний, используя приемы логико-практических операций, здравый смысл, систему знаний, специальных и общих, которые сложились к этому времени. *Факты есть некий результат этого преломления и взаимодействия.*

Полагаем, что логикой значение «субъективности» на формирование факта уже на самом раннем этапе – эмпирическом – не исчерпывается. Как утверждал Г.-Г. Гадамер, следует «помнить о собственной предвзятости, дабы текст проявился во всей своей инаковости и тем самым получил возможность противопоставить свою фактическую истину нашим собственным пред-мнениям»². Эта закономерность давно установлена в лингвистике. Ю.М. Лотман писал: «Каждый жанр, каждая культурно-значимая разно-

¹ Надо помнить, что помимо логического можно представить себе (так и было когда-то) другую «систему отсчета», другой способ построения правильного знания. Так, ученые выявили этап мифологического мышления, который существовал, очевидно, в истории всех народов.

² Гадамер Г.-Г. Истина и метод. Основы философской герменевтики / Пер. с нем. – М., 1988. – С. 321.

видность текста отбирает свои факты»¹. То же самое имел в виду академик Ю.В. Рождественский: «В каждом виде словесности присутствует своя генеральная модель действительности»².

Не мы знаем, а изначально у нас существует *субъективность*, которая знает³. Всякое доказывание будет считаться истинным, правильным в той мере, в какой оно сообщит нам то, что мы уже знали (предынтерпретировали). Чтобы быть истинным или ложным, знанию надо находиться в некоем поле узнаваемости. Все мыслимые на основе здравого рассудка смысловые варианты: в диапазоне от вероятного до невероятного, истины / лжи, лежат в горизонте, определяемом языком. Есть все основания говорить о «языковой картине мира», которая объединяет участников доказательственной (речевой) деятельности при принятии решения по делу в некий узус (аудиторию). *Факт (доказательство) – это эмпирическое данное, переведенное на язык уголовного судопроизводства*⁴, которым пользуются участники процесса в аргументации⁵. Этот взгляд, как будет показано в последующем, скорректирован постнеклассической идеей о том, что человек становится мета-субъектом; происходит даже преодоление «горизонта» кантовских вещей-в-себе, наука осуществляет «движение к глубинному слою реальности, в котором субъективное и объективное интегрированы в некоторое самобытие, первореальность»⁶.

¹ Лотман Ю.М. Внутри мыслящих миров. Человек – текст – семиосфера – история. – М., 1999. – С. 304.

² Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 87.

³ Это формула знаменует «конец» самодостаточного субъекта воли, противостоящего реальности как объекту познания.

⁴ При этом оговаривается, что язык уголовно-процессуального права есть вторичная модель от естественного языка, так что общая языковая компетенция пользователей специального (юридического, процессуального) языка является системообразующей.

⁵ См. об этом: Александров А.С. Язык уголовного судопроизводства: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Н. Новгород, 2003. – С. 10–11, 28–33.

⁶ Крымский С.Б. Философия как путь человечности и надежды. – Киев, 2000. – С. 254.

Не разделяя радикализма, связанного с отрицанием традиционных понятий субъекта и объекта, тем не менее, считаем, что было бы полезно обдумать значение, условно говоря, «структуры»¹, модели, которая имеет отношение к формированию факта. А то, что она наличествует в факте, нами не подвергается сомнению.

Структурализм (позднее постструктурализм), неофрейдизм одной из главных тем сделали объяснение зависимости субъекта в его познавательной деятельности от чего-то элементарного: «означающего», то есть языкового. По К.-Г. Юнгу, «архетипы», то есть «модели поведения», элементы «коллективного бессознательного» предзадают смысловое содержание всех исторических образов культуры². По К.-Г. Юнгу: архетипы являются определенными «моделями поведения», элементами «коллективного бессознательного», на манер платоновских идей. По К.-Г. Юнгу, именно архетипы предзадают смысловое содержание всех исторических образов культуры³. Аналогичные мысли высказывал и Ж. Лакан⁴. Надо указать, что в современной лингвистике существует целый ряд учений, утверждающих о приоритете языковой схемы, предопределяющей законы мышления. Так, Н. Хомский утверждает, что у каждого из нас в мозгу есть виртуальный модуль, который достался нам генетически и который работает только с языком. Этот модуль знает, как работать с морфемами, со смыслами и пр. Значит, можно предположить, что в мозгу есть своего рода чип, по которому он в ходе языкового общения выстраивает языковую (виртуальную) картину мира, и распознается реальный мир по определенным схемам, стандартам.

Эмпирически-инвариантная компонента факта отождествляется с чувственным восприятием реальности, а истолкование факта

¹ По структурой мы можем понимать логику, топикку, априорный опыт, здравый смысл и прочее; в общем тот широко понимаемый схематизм мышления, который порожден языком, культурой, правом.

² См.: Юнг К.-Г. Синхроничность: акаузальный объединяющий принцип / Пер. с англ. – М., 1997. – С. 213–216.

³ См. там же.

⁴ См.: Лакан Ж. Семинары. Книга 1: Работы Фрейда по технике психоанализа (1953/1954) / Пер. с фр. – М., 1998. – С. 208.

неизбежно связано с языком, с высказыванием о факте в речедейтельности. По словам А. Пуанкаре, каждый факт является непосредственным фактом, только выраженным «удобным языком»¹. Та же мысль проводится К. Поппером: факты зависят от теории, которая позволяет «не только отбирать те наблюдения, которые в своей совокупности дают описание «фактов», но и истолковывать их именно как данные факты, а не что иное»².

Скажем, если некое языковое сообщество (например, сообщество процессуалистов, понимаемых в широком смысле как всех тех, кто пользуется языком уголовного судопроизводства) разделяет некоторые убеждения в виде набора презумпций, аксиом, императивов, составляющих их языковую картину мира, то любые факты, «найденные» в рамках данной картины, будут детерминированы этими априорными положениями. Можно говорить в определенном смысле даже про «веру в факт», обусловленную этими априорными положениями. Как утверждал Л. Флек, каждый факт – это «понятийная структура, соответствующая стилю мышления», то есть определенному научному менталитету данной исторической эпохи. Становление любого факта возможно лишь в рамках определенного «мыслительного коллектива», научного сообщества, которое является носителем соответствующего стиля мышления³. Парадигма, по Т. Куну, есть четкая коллекция образцов, которую составляют «признанные всеми научные достижения, которые в течение определенного времени дают научному сообществу модель постановки проблем и их решений»⁴.

Стало быть «назначение» языка уголовного судопроизводства, как подосновы понимания субъектов познания, состоит в том,

¹ Цит. по: *Мелков Ю.А.* Факт в постнеклассической науке. – С. 51.

² Цит. по: *Порус В.Н.* Спор о научной рациональности // *Философия науки.* – М., 1997. – Вып. 3: Проблемы анализа знания. – С. 13.

³ См.: *Флек Л.* Возникновение и развитие научного факта: Введение в теорию стиля мышления и мыслительного коллектива / Пер. с нем., польск., англ. – М., 1999. – С. 106.

⁴ *Кун Т.* Структура научных революций / Пер. с англ. – М., 1977. – С. 11.

чтобы отобразить, выразить данные эмпирики в такой форме, которая преобразует их в факты. В процессе перевода на язык уголовного судопроизводства данные наблюдения нагружаются идеологией, теорией УПК – опроцессуализуются – то есть приобретают правовую форму не только с точки зрения узко понимаемой допустимости, но становятся значимыми для действия права, превращаются в юридические факты. Поэтому факт «нагружен» не только теорией¹ доказательств, но и идеологией², партийностью, то есть всем тем, что можно было бы отнести к человеческому фактору, к субъективности, к языку и в конечном счете – к культуре, менталитету нации.

«Присущее субъекту пред-мнение, пред-знание в конечном счете – понятие, которому должен соответствовать (действительный, истинный) предмет – это не пустая генерализация абстрактной всеобщности, а глубинный горизонт субъекта... Основанием истинного знания, выявления истинного (действительного) предмета выступает сам субъект как целостность, несводимая к гносеологическому или рационалистическому субъекту»³.

На первый взгляд, сказанное об идеологичности, партийности факта противоречит идеалу объективности факта и в итоге объективности правосудия⁴. Но сам идеал *объективности* – это и

¹ К. Поппер: факты зависят от теории, которая позволяет «не только отбирать те наблюдения, которые в своей совокупности дают описание «фактов», но и истолковывать их именно как данные факты, а не что иное».

Цит. по: Порус В.Н. Спор о научной рациональности. – С. 13.

² Как указывал П. Файерабенд, «факты содержат в себе идеологические компоненты».

См.: Файерабенд П. Избранные труды по методологии науки / Пер. с англ. – М., 1986. – С. 186.

³ Микешина Л.А. Новые образы познания и реальности / Л.А. Микешина, М.Ю. Опенков. – М., 1997. – С. 70.

⁴ Впрочем, совсем еще недавно советские процессуалисты прямо связывали понятие доказательства с коммунистическим мировоззрением, нравственностью, революционным правосознанием и пр.

В какой-то мере наследником этой традиции можно считать А.В. Агутина.

См.: Агутин А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании: Монография / Под науч. ред. В.Т. Томина. – М., 2004.

есть *разновидность идеологической надстройки*. «Объективность, полнота, и всесторонность» предварительного расследования – разве это не есть идеология? Следственная идеология, в основе которой лежит вера в способность следователя устанавливать факты, оправдывает и «доказывание» следователем с помощью полученных им самим фактов – главного факта. Эта аксиома (следователь устанавливает факты) должна была без возражений приниматься пользователями советского языка уголовного процесса: *следователь устанавливает факты*, поскольку презюмируется, что он всесторонне, полно и объективно расследует дело. Когда мы добавляем к этому аксиому о том, что нет нераскрываемых преступлений и соответственно должны быть раскрыты все преступления и ни один преступник не должен уйти от ответственности, получается вполне узнаваемый по советской истории способ производства фактов¹.

Другая идеология – *состязательная* – включает в себя презумпции о том, что каждая из сторон заботится о выполнении своей процессуальной функции, что состязательность, являясь проекцией принципа разделения властей, системы сдержек и противовесов, на котором построено правовое государство, гарантирует установление истины; что суд, независимый и беспристрастный, обладает способностью подтверждать наличие фактов. В совокупности с презумпцией невиновности состязательность, другие юридические конструкции принципиального свойства формируют парадигму уголовно-процессуального познания / доказывания фактов.

При состязательной установке на производство фактов судья презюмирует, что данные, полученные от каждой из сторон, представляют собой их интерпретацию события, их видение дела («обвинительные доказательства», «оправдательные доказательства» – п. 5, 6 ч. 1 ст. 220, 244, 274 УПК). Установка в освещении обстоятельств дела естественным образом распространяется и на

¹ Для такой конструкции вполне уместной в качестве методологического базиса выглядит теория отражения марксизма-ленинизма.

факты, которые использует каждая из сторон для обоснования своей позиции. «Так называемое «извращение перспективы дела», одинаково практикуемое в речах и обвинителя, и защитника, есть прием, присущий всякой умственной борьбе интересов, и, говоря вообще, состоит в выдвигании на передний план фактов наиболее благоприятных, с сильным освещением, при постоянном затемнении фактов противоположных и отвлечении от них внимания всякими способами»¹. Объективность интерпретации фактов каждой из сторон относительна. Предубежденность каждой из сторон – обычное явление, даже допускаемое законом. И хотя в отношении судьи действует презумпция о его беспристрастности и независимости, исследования психологов показывают, что это далеко не так². Поэтому вся система уголовного процесса построена так, чтобы в вышестоящих стадиях перепроверялось знание, полученное в нижестоящей стадии, через многократно повторяемую борьбу частных интерпретаций фактов закон предполагает приблизиться к их инвариантному, объективному содержанию.

Осознание и усвоение предпосылок становления факта, которые укоренены в структуре правосознания, правовой идеологии, иными словами, в праве, понимаемом широко, приводит не к релятивизму и субъективизму в трактовке факта, а к пониманию и учету этой предпосылочности, к осознанию роли интерпретации, контекста, в которых происходит понимание эмпирических данных и их трансформация в факты.

Получается, что в составе фактического знания, кроме «первичной», исходной информации собственно об объектах действительности, всегда присутствует определенный слой знания, относящийся к априорным положениям, презумпциям, предшествующим самому процессу познания. Такие презумпции могут быть гносеологическими, методологическими либо онтологиче-

¹ *Владимиров Л.Е.* *Advocatus miles: Пособие для уголовной защиты.* – СПб., 1911. – С. 23.

² См.: *Панасюк А.Ю.* «Презумпция виновности» в системе профессиональных установок судей // *Государство и право.* – 1994. – № 3. – С. 70–79.

скими. Априорные установки, детерминирующие фактическое знание, выступают как своего рода ценностные образования. Характеризуют они предзаданную модель, которой должен соответствовать факт, или представляют собой онтологические установки касательно объектов реальности, изучаемых наукой, относятся они к рационально установленным методологическим предпосылкам познания или же выполняют роль интуитивного фактора, синтезирующего событие и его смысл, – эти установки всегда выступают как соответствующие определенным нормам, осуществляют соотнесение фактического знания науки с идеалами картины мира данного этапа развития общества и государства, с общим культурным горизонтом эпохи¹.

Так, представители школы «Анналов» предложили понятие *mentalité* для обозначения определенного культурного мировоззрения отдельной исторической эпохи. Термин «ментальность» («менталитет») в своем оригинальном истолковании определялся М. Блоком как «весь тот комплекс основных представлений о мире, при посредстве которых человеческое сознание в каждую данную эпоху перерабатывает в упорядоченную картину мира хаотичный и разнородный поток восприятий и впечатлений»².

Понятие «эпистема» М. Фуко имеет форму матрицы; при этом в культуре в данный момент всегда существует только одна такая эпистема, «определяющая условия возможности любого знания»³ – и это знание может иметь как сознательно теоретическую форму, так и неявно присутствовать в практике.

Итак, существует структура (стиль мышления, эпистема), которая определяет саму возможность существования научного знания. Разумеется, что формы и содержание знания фактического в значительной мере детерминированы этой структурой. Система взглядов, убеждений, нормативов и т. д. – таково выра-

¹ См.: Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 30 и след.

² Блок М. Апология истории или ремесло историка / Пер. с фр. – М., 1986. – С. 215.

³ Фуко М. Слова и вещи. Археология гуманитарных наук / Пер. с фр. – М., 1987. – С. 234.

жение содержания предпосылок, предшествующих нашему познанию.

Значит, классическое представление о факте, как о некоем объективном феномене, существующем независимо от системы оценок, стандартов знания, уже существующих в системе знания, неверно.

Мы не отрицаем того, что всякое событие, как изменение во внешнем мире, оставляет о себе определенные следы, в виде воспоминаний людей или же в виде каких-нибудь предметов и т. п. В суде исследуют эти следы, сочетают их друг с другом, строят выводы и приходят к заключениям, которые и составляют убеждение. Но прежде чем у субъекта доказывания сложится такое убеждение на основании «доказательств» как протокольных отчетов о событии, он испытывает общую правдоподобность исследуемого доказательства-факта. Это испытание – момент до того важный в процессе образования убеждения, что иногда, при самих доказательствах, мы не признаем известного положения достоверным потому только, что оно противоречит нашим понятиям о правдоподобности. Представление же о правдоподобности может быть весьма различным, смотря по состоянию наших знаний, опыта и прочих моментов, не исключая предубеждений, предрассудков. Не случайно Л.Е. Владимиров в свое время писал: «Можно возразить, что следует судить по доказательствам, а не по общей правдоподобности случая. Но такое возражение основывается на предположении, что критерий правдоподобности есть произвольно вносимый момент в процесс образования убеждения. Но это совсем не так. Критерий правдоподобности – совершенно законный элемент, имеющий такое же значение, как и всякое доказательство вообще»¹.

Впрочем, мы расходимся с нашим коллегой профессором А.С. Александровым, разделяющим неклассическое понимание факта, при котором под фактом понимается любое сведение,

¹ *Владимиров Л.Е.* Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. – Харьков, 1873. – С. 103.

которое согласилась принять за истинное определенная аудитория – в узком смысле состав суда, а в широком – сообщество процессуалистов, судебных деятелей. Мы не разделяем тезиса о том, что факты – в голове судей, присяжных¹. Это характерно для представителей «философии жизни», считавших факт как нечто «иррациональное», как «остаток», в принципе не могущий выступать инвариантом, то есть как чисто субъективное явление. «Факт находится в чем-либо сознании или нигде»². Рассуждения А.С. Александрова весьма близки этой философии. Слова, произнесенные в судебном заседании, становятся фактами, когда они овладевают составом суда и делаются убеждением судей. Внутреннее убеждение судьи, которое и дает бытие фактам, есть определенное состояние разума судьи. Однако разум судьи есть в свою очередь продукт языка. Языковая компетенция для различения истины и лжи закладывается в разум судьи подобно программному обеспечению компьютера. В конечном счете, как считает один из авторов, по лингвopsихологическим схемам собирается интеллектуальный продукт под названием «судебная истина»³. Далее мы объясним, как можно преодолеть издержки неклассических представлений о факте, достоверном знании.

Отмечая позитивное влияние постклассических взглядов на трактовку факта, первое, что надо зафиксировать – признание в факте «субъективности», наряду с «объективностью». Невозможно отождествлять факт просто с данными ощущений, с эмпирическим опытом и даже с информацией, то есть объективностью как таковой (слепком с нее), поскольку в структуре фактического

¹ См., например: Александров А.С. Как в суде делать факты словами / А.С. Александров, С.И. Беззубов, С.А. Фролов // Актуальные проблемы философии права: Сборник статей участников научного семинара / Под ред. В.К. Бабаева. – Н. Новгород, 2006. – С. 35.

² Цит. по: Егорова В.С. Проблема факта в историческом познании // Вестник МГУ. – Серия: Философия. – 1976. – № 5. – С. 44.

³ См.: Александров А.С. Назначение уголовного судопроизводства и наказания: Монография / А.С. Александров, И.А. Александрова, И.В. Круглов. – Н. Новгород, 2006. – С. 84–92.

знания присутствуют также и абстрактно-теоретические моменты, элементы обыденного сознания; элементы идеологии и пр. Факт представляет собой диалектическое единство субъективного и объективного; в факте информация, полученная из документа, показаний и другого источника, объединяется с субъективной позицией субъекта, получившего информацию и представившего ее суду в определенном изложении. А это установка субъекта доказывания в свою очередь детерминирована правом, системой судопроизводства и судоустройства, наконец, системой знания, существующего в данную эпоху.

Интерпретация, наличествующая в факте, не есть нечто внешнее по отношению к нему, к его объективному (информационному) содержанию, она не может рассматриваться как нечто чужеродное, изменяющее и искажающее объективное содержание; она служит средством его познания и оценки. Как пишет Ю.А. Мелков, не существует какой бы то ни было абсолютной инвариантности факта, поскольку даже информативная сторона факта не лишена собственных субъективно-партийных моментов¹. Но если в состязательном судопроизводстве эта партийность сторон в истолковании данных допускается, а столкновение интерпретаций их конкуренции допускается и стимулируется, то в следственном процессе упор делается на умножение контролирующих, надзирающих инстанций за тем, чтобы орган расследования объективно, полно и всесторонне проверил факты. Какой способ лучше гарантирует достижение желаемого результата – истины, сказать трудно, не став в свою очередь партийным – сторонником следственного или состязательного судопроизводства.

Очевидно, что в составе интерпретации можно выделять «предынтерпретацию» и «пост-интерпретацию». «Предынтерпретация» предшествует как вычленению из окружающей действительности чего-либо как факта (потенциального), то есть означивание, осмысление объекта, так и проговариванию, объяснению,

¹ См.: Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 40–41.

использованию эмпирического данного в процессе доказывания, судовопределения (переинтерпретация в новых контекстах). Так, Ю.А. Мелков указывает, что «предынтерпретация эмпирических источников уже наличествует в позиции ученого, когда он подходит к их рассмотрению; интерпретация этих источников, их выражение, перевод на язык теории приводит уже к становлению научного факта»¹.

¹ По мнению Ю.А. Мелкова, научный факт в процессе своего становления трижды встречается с определенным истолкованием своего эмпирического содержания. Во-первых, такую роль выполняют те положения предынтерпретации, которые предшествуют самому получению эмпирических данных. На этом первом этапе движения научного познания должны быть определены объект и методы исследования, проведена процедура калибровки приборов, сформулирован вопрос, ответ на который исследователь собирается отыскать, обращаясь к анализу эмпирического материала. Этот вопрос и определяет те ограничения, которые позволяют из огромного количества несистематизированного эмпирического материала выделить те явления, документы и т. д., которые релевантны относительно как данного конкретного задания, стоящего перед исследователем, так и научного мировоззрения в целом, – эти-то явления и кладутся в основу научного факта. При этом указанные вопросы и предпосылки могут сформулированы как сознательно, на строго научном языке, так и образовывать и функционировать, не выходя на уровень сознательной рефлексии. Второй слой интерпретационной составляющей научного факта заключается в обработке полученного эмпирического материала. Такая процедура осуществляется уже полностью сознательно и целенаправленно; эмпирические данные излагаются непосредственно языком науки и, в частности, языком действующей ныне и относящейся к соответствующей проблематике научной теории. Подобный перевод осуществляет и, например, историк, истолковывая данные летописи, тем более, принуждая говорить языком исторической науки современной ему эпохи документ «молчаливый». Это есть переменнo-языковая компонента факта. Следует отметить, что хотя истолкование эмпирических данных имеет место уже после их получения, на третьем этапе становления научного факта, правила для такого истолкования, словарь языка науки задается гораздо раньше, в составе предынтерпретации, перед обращением к эмпирии. Такую интерпретацию эмпирических данных, приводящую к становлению факта, не следует путать с третьей интерпретацией фактического знания, которая представляет собой собственно его объяснение непосредственно в рамках определенной теории. Все три типа интерпретации, как правило, тесно связаны между собой в сознании ученого, хотя последнее теоретическое осмысление факта не может быть включено в его структуру.

См.: Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 42–44.

Предынтерпретация предшествует как объяснению данного факта, например, с позиции его относимости к предмету доказывания, так и собственно рассмотрению процессуального источника на предмет извлечения из него необходимой «доказательственной» информации. Она предполагает набор умений, познаний, установок, приборов, с помощью которых субъект намеревается получить факт. Но, прежде всего, это непосредственное сознание субъекта, его культурная образованность, профессионализм, идейность или «калибровка сознания» познающего субъекта¹.

Предынтерпретация – это использование имеющегося у субъекта опыта означивания, декодировки эмпирических данных; это его воля, наконец, к тому, чтобы установить истину сообразно господствующим стандартам истинности. Подобная предынтерпретация происходит посредством фактических презумпций, доктрин, априорных положений, культурем², то есть набора познавательных установок, как вполне осознаваемых субъектом, так и не осознаваемых им³.

В уголовном процессе фактическое знание должно соотноситься с какой-то «системой отсчета», очевидно, что в сфере уголовного судопроизводства такая система, модель также существует в виде теории доказательств и права⁴. Уголовно-процессуальное познание «ищет своего». «Юридический факт – это не привычное нам знание естественнонаучного типа, объективно и однозначно отражающее реальное событие, а скорее проекция сложной юридической деятельности, несущей на себе печать и личности юриста, и особенностей меняющейся (в частности в

¹ См.: Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 41.

² См.: Лебедева Т.В. Культуремы судебного состязания: Учебное пособие / Т.В. Лебедева, И.В. Лебедев. – Н. Новгород, 1999. – С. 20–23.

³ Р. Карнап указывал на своего рода «калибровку сознания ученого», предшествующую проведению им эксперимента. В сфере судебного доказывания происходит такого же рода калибровка (настройка) ума субъектов доказывания на установлении фактов. В этом, в частности, состоит значение напутственной речи председательствующего присяжным заседателям.

⁴ Они покоятся на всей системе рационального знания, выработанного нашей цивилизацией.

связи в судебной реформой) ситуации в отечественной юриспруденции»¹.

Опять возвращаясь к примеру с относимостью, мы можем сказать, что относимость играет немаловажную роль и в процессе предынтерпретации, то есть и при получении данных чувственным путем: в результате наблюдения, эксперимента и пр. Относимость входит в число тех сформированных логикой навыков познания, от которых зависит своего рода «калибровка» сознания субъектов доказывания². Наиболее ярко это проявляется в категории следа преступления, его переводе в знаковую систему (протокол). Так бывает, потому что относимость подразумевается субъектами как означивание реально существующей в природе связи между причиной и следствием или, наоборот, между следствием и причиной³.

В составе фактического знания, кроме информации собственно об объектах действительности, всегда присутствует определенный слой знания, относящийся к априорным положениям, презумпциям, предшествующим самому процессу познания в уголовно-процессуальной форме. Такие презумпции могут происходить как из рационального опыта освоения действительности, так и носить прагматический, юридико-технический характер. *В факте всегда наличествует субъективная, интерпрета-*

¹ Розин В.М. Новая ситуация в юриспруденции: формы осознания // Состязательное правосудие: Труды научно-практических лабораторий. – М., 1996. – Вып. 1. – Ч. II. – С. 234.

² Как писал Тайер, «есть принцип – не столько правило доказывания, сколько предположение, укорененное в самой концепции рациональной системы доказательств, противоположенной старым формальным и механическим системам – который запрещает получение чего-нибудь неотносящегося, не логически доказательного. Как мы должны знать, каковы эти запрещенные вещи? Не по каким-то правилам закона. Закон не предусматривает мерил относимости. Для этого он молчаливо обращается к логическому и общему опыту, предполагающему, что принципы рассуждения известны его судьям и министрам, так же, как обширное множество других вещей принимаются как уже достаточно известные им».

Thayer J.B. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law. – P. 264.

³ См.: Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. – С. 38.

ционная компонента. Получается, что выделение инвариантного, объективного, неинтерпретационного содержания факта невозможно.

Существование факта невозможно без его субъективного выражения, наличие интерпретативной, смысловой компоненты является условием *sine qua non* становления фактического знания. Такая субъективная компонента факта является не только истолкованием полученных и проинтерпретированных эмпирических данных в пределах существующей процессуальной парадигмы, но и содержит отсылку к более глубинным априорным гносеологическим положениям, определяющим как возможность такого истолкования, как и правила отбора, получения и инвариантного обобщения эмпирического материала. Инвариантное содержание факта выступает отражением не действительного объекта реальности, а абстрактного эмпирического объекта, объекта, искусственно сконструированного для выполнения отдельной роли в отдельном наблюдении или эксперименте¹.

Уголовно-процессуальный факт обладает элементами содержания, происходящими из более высоких слоев познания, в частности, из самого права. «Субъективная» форма факта выражается формой предмета доказывания, формой источников доказательств, формой осуществления методов познания, короче «уголовно-процессуальной формой», в которой факт становится «конкретным в мышлении». На этот момент обращалось внимание и в отечественной уголовно-процессуальной литературе: «В виде результата информационного отражения в структуре знания следователя, прокурора, адвоката, судьи, как компонента сознания, определенное место занимает знание схемы предмета доказывания, содержащееся в уголовно-процессуальном законе. Это знание выступает как результат изучения текста закона и уголовно-процессуальной литературы и обобщения собственного опыта расследования, рассмотрения и разрешения уголовных дел. Ввиду этого в сознании указанных субъектов познания

¹ См.: Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 55–56.

предмет доказывания не наличествует в виде голой схемы, а представляет собой сложное мыслительное образование, состоящее из представлений, понятий, суждений»¹. В более обобщенном виде идею о детерминированности результатов доказывания, познания (а значит, и получения фактов) системой мировоззренческих идей, заложенных в праве, попытался определить А.В. Агутин. С основным посылом его работы мы согласны: доказывание обусловлено системой мировоззренческих идей уголовного процесса. Хотя конкретные его выводы, как нам кажется, не совсем удачны².

Уголовно-процессуальная форма факта выступает, таким образом, как единство противоположностей – абстрактного (теоретического) и эмпирического отражения объективного явления; форма процессуального факта неразрывно связана с его содержанием и является логическим способом связи факта как модельного отражения единичного с правом как генерализацией того общего, что присутствует во всей совокупности юридических фактов. В этом плане факты выступают одновременно и как эмпирические образы определенных ситуаций реальности, и как простейшие обобщенные определения правовых ситуаций.

Юридические факты (доказываемые факты из состава предмета доказывания) доказываются фактами. Факты, подлежащие доказыванию, заставляют субъекта отбирать из мира только такие средства – факты, которые способны выполнять задачу доказывания фактов, с которыми закон связывает наступление юридически значимых последствий. Процесс познания таков, что любой чувственно воспринимаемый факт приобретает определенный интерес и смысл, лишь включаясь в систему знаний. Подоб-

¹ Банин В.А. Предмет доказывания в советском уголовном процессе (гносеологическая и правовая природа). – Саратов, 1981. – С. 15 и далее.

² Мы имеем в виду, скажем, такой его тезис: «Под принципом честности (внешним проявлением совести) уголовного процесса понимается мировоззренческая идея относительно сущего и должного в уголовном судопроизводстве, заключающаяся в том, что действия и слова участников уголовно-процессуальной деятельности не могут быть лживыми».

Агутин А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании. – С. 13.

но тому, как одно и то же слово в различных контекстах может нести различные смысловые оттенки, точно так же и содержание факта определяется в информационной системе. Сходный по своей чувственной выраженности элемент в разных информационных системах несет неодинаковую смысловую нагрузку¹.

Конечно, факты, которыми оперируют в суде, не могут рассматриваться как абсолютные величины, непроницаемые для сомнений; они есть данные, объективность которых опирается на здравый смысл и житейский опыт людей, который объединяет и стороны, и судей в единое сообщество тех, кто способен понимать друг друга и отличать правду от лжи, вероятное от невероятного². Хотя мы считаем, тем не менее, что объективная основа факта существует. Любой факт, если его понимать как элемент знания, есть суждение субъекта о том, что было (есть). Правда истинность этого суждения зависит не только от его соотношения с другими суждениями, но и соотношения с реальным положением вещей, о котором делается данное суждение.

Субъект доказывания активен в достижении своих процессуальных целей. Активность субъекта в процессе граничит с его «партийностью». В состязательном процессе предубежденность каждой из сторон если прямо не оговаривается законом, то презюмируется. Значит, субъективность как-то связана с установкой субъекта познания получить знание, пригодное для решения своей задачи. С субъективностью факта связан известный прагматизм субъекта познания. Как пишет Банин, знание схемы предмета доказывания подозреваемым, обвиняемым, защитником, потерпевшим, гражданским истцом, ответчиком и их представителями занимает несравненно меньшее место в структуре их знаний, оно, как правило, имеет в своей основе обыденные представления о преступлении и будничные жизненный опыт. Но, не-

¹ См.: Банин В.А. Предмет доказывания в советском уголовном процессе. – С. 20–22.

² См.: Александров А.С. Перекрестный допрос в суде (объяснение его сущности и порядка проведения, а также практическое наставление к употреблению) / А.С. Александров, С.П. Гришин. – М., 2007. – С. 125.

сомненно, и у данных субъектов познания в результате взаимодействия чувственных представлений и общих понятий в сознании формируется познавательный образ того, что необходимо установить по конкретному уголовному делу. Это обусловлено системной природой любых человеческих знаний¹.

Та же самая относимость доказательств – это правильное наведение (способность факта быть наведенным) на главные факты². Иными словами, относимость проявляет себя и в ходе предынтерпретации и в ходе постинтерпретации эмпирических данных. В следственном процессе субъект доказывания (следователь) в стадии возбуждения дела предынтерпретирует эмпирические данные исходя из представления о возможных признаках преступления. В последующей интерпретации он ориентируется уже на состав предполагаемого преступления. В состязательном процессе, на наш взгляд, моделью, с которой соотносят обе стороны свои интерпретации полученных данных, является обвинение (уголовный иск). Фактическим выступает знание, во-первых, принимаемое за достоверное и, во-вторых, служащее исходным моментом для постановки и решения процессуальной задачи. Понятно, что в разных типах уголовного процесса «фактуализация» данных происходит различным путем и субъекты испытывают воздействие установленной законодателем парадигмы, модели познания. Факт – это эмпирическое данное, информация плюс парадигма, модель познания, соответствующая одному из двух типов уголовного судопроизводства.

Итак, *постклассическое* понимание факта (в духе которого мы сейчас рассуждаем), связанное с переходом на его гносеологическое понимание, состоит в признании важности субъективной, ценностной, формальной составляющей факта³. Невозможно

¹ Банин В.А. Предмет доказывания в советском уголовном процессе. – С. 23.

² См.: Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. – С. 38; Люблинский П.И. Практический комментарий к УПК РСФСР. – 2-е изд., испр. и доп. – М., 1924. – С. 3.

³ И как следствие – отрицание трактовки доказательства ни как инвариантного данного, ни как информации, ни как любого сведения.

отождествлять факт с чувственными данными, с эмпирическим опытом, поскольку в структуре фактического знания присутствуют также и абстрактно-теоретические моменты, элементы обыденного сознания; элементы господствующей идеологии и даже мифологии и прочее; отсюда даже «событие» и «предмет», вместе с понятием «факт», не могут рассматриваться исключительно как объекты эмпирической деятельности – «единичность не может рассматриваться отдельно от системы, для которой она является единичностью»¹. Еще один важный момент, в котором проявилось влияние постклассической науки на теорию доказательств – это гуманизация теории доказательств, очеловечение ее в том смысле, который имел софист Протагор: «Человек есть мера всех вещей существующих, что они существуют, и несуществующих, что они не существуют». Уголовный процесс – это сложная «человекообразная» система: человеческий фактор вносит элемент неопределенности, непредсказуемости в действие правового механизма. Несмотря на все усилия законодателя сделать судебное доказывание максимально рациональным, очевидно, идеал разумности, объективности никогда не будет достигнут. Живые люди, со своими комплексами и знаниями, сформированными цивилизацией, обуреваемые страстями и побуждаемые своими интересами, производят смыслы и факты. Уголовно-процессуальный факт есть продукт синтетический, пригодный только для человеческого правосудия, для человеческой деятельности по познанию фактов-1. И в частности, уголовно-процессуальные факты-2 есть элемент версии, истолкования субъектом эмпирических данных, информации о событии (факте-1).

Наверное, это наиболее адекватное описание того, с чем имеют дело присяжные заседатели. Но надо иметь в виду, что они получают уже готовую пищу для умственной работы с фактами. Вся предварительная работа по получению и отсеиванию информации проделана для них сторонами и судом. И эта работа по «изготовлению» фактов охватывается понятием «доказывание».

¹ *Косолапов В.В.* Гносеологічна природа наукового факту. – Київ, 1964. – С. 54.

Следовательно, подобная концепция не может быть принята для полного описания уголовно-процессуального доказывания. Такое представление о фактах может использоваться только с определенной долей условности при описании ограниченного участка уголовно-процессуального доказывания: доказывания, происходящего в суде присяжных. А.В. Кудрявцева справедливо указывает именно на данный момент¹.

Факт – диалектическое единство субъективного и объективного; в факте информация, полученная из источника, объединяется с субъективной позицией получателя информации. Субъективный момент, связанный с личностью субъекта, находит свое воплощение в фактах; факт как таковой создается посредством некоторой интерпретации субъектом полученных данных (эмпирических). Каждый факт предстает в качестве такового лишь в рамках отдельной более-менее четко определенной партии – сообщества. Гарантом его достоверности становится его признание в рамках данного сообщества, данной структуры, например, следственной или, наоборот, состязательной.

Из сказанного вытекает, что принципиальный момент, связывающий новое понимание факта, касается так называемой *картины мира и мировоззрения данной эпохи (эпистемы, парадигмы)*. Участники доказывания в уголовном суде разделяют мировоззренческие, научные и правовые взгляды, свойственные людям этого времени. Их картина мира включает в себя как инварианты понимания правовых ценностей, концептов правовой теории, идеологии, так и элементы мифологии, обыденного сознания, других форм культуры. «Культурный горизонт эпохи всегда выступает аксиологической презумпцией процедуры восприятия и осмысления любого события»².

Можно даже говорить о «создании» фактов в процессе обработки информации, извлеченной из источников. Создать факт –

¹ См.: Кудрявцева А.В. Понимание истины в процессуальных отраслях права как выражение гносеологических моделей познания // Вестник Оренбургского государственного университета. – 2006. – № 3 (53). – С. 102–105.

² Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 168.

это значит сконструировать в сознании образ действительности, которая в той или иной степени представлена источником. П.А. Флоренский замечает, что, строго говоря, само понятие «исторический факт» включает в себе противоречие – факт не может быть «историческим», не может принадлежать прошлому – он всегда «составляет непосредственное содержание сознания»¹. Следовательно, историчность факта – это не сам факт и не выражаемая истина, а в определенной мере только *гипотеза*.

Скажем, некоторыми исследователями исторический факт употребляется в трех значениях: факт-событие, факт-источник и факт-знание². В факте представлены три составляющие – перцептивная, лингвистическая и материально-практическая³. У нас получается, соответственно этому взгляду, что факт-событие соответствует онтологическому истолкованию факта или понятию факта, употребляемому в обыденном значении в качестве синонима явления объективной реальности. Факт-источник указывает на информацию о факте-событии, содержащуюся в показаниях свидетеля, документе, протоколе и пр. И, наконец, факт-знание, факт в его гносеологическом значении и оказывается фактом судебным, итоговым проинтерпретированным знанием судьи о событии, формируемым в результате состязательного исследования источника. Ни один источник, из которого могут получены сведения о факте, не может отвечать инвариантному критерию истинности. «Слова, – говорил Л.С.Б. Гильберт, – являются всего лишь выражением фактов; и поэтому когда ничего не сказано, что было сделано, ничто не может сказано, чтобы было доказано»⁴. Чтобы получить определенную информацию от свидетеля,

¹ Флоренский П.А. У водораздела мысли // Флоренский П.А. Сочинения: В 4 т. – М., 1999. – Т. 2. – С. 65.

² См.: Петров Ю.В. Проблема факта в современной буржуазной философии истории // Философские науки. – 1976. – № 3. – С. 84–88.

³ См.: Никифоров А.Л. Философия науки: история и методология. – М., 1998. – С. 162–163.

⁴ Цит. по: Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 245.

из вещественного доказательства, протокола, документа, субъекту доказывания необходимо провести соответствующее процессуальное действие (скажем, допрос), то есть приготовиться и получить нужную информацию, проинтерпретировать ее, перевести эту информацию на язык уголовного судопроизводства¹.

Мы пришли также к необходимости проведения различия между сведением, претендующим на получение статуса факта – исходным эмпирическим данным, и собственно фактом, тем более так называемым «судебным фактом», то есть предпосылки судебного решения. «Фактическое данное» содержится в указанном законом источнике: в показаниях свидетеля, документе, протоколе и пр. Это «темное, нераскрытое сведение» (для всех, кроме того, кто его получил). Ему еще подлежит быть представленным и пройти интерпретацию с разных сторон в контексте судебного разбирательства (или другой квазиюрисдикционной процедуры), возможно, стать открытым фактом – сведением, освещенным светом достоверности.

Понятие «фактические данные»² используется нами для обозначения еще «сырых», эмпирических данных, полученных под воздействием органов чувств; это «болванка», набор деталей, из которых изготавливается факт как результат его описания на языке уголовного судопроизводства (в виде протокола, например), а самое главное – состязательной проверки, переинтерпретации. Факт в собственном значении оказывается только фактом судебным, то есть итоговым, проинтерпретированным знанием судьи о событии, сформированным в результате состязательного исследования источника доказательств.

¹ В дальнейшем мы будем обосновывать необходимость двойственного понимания доказательства, с одной стороны, как факта, с другой – как источника доказательства и сведения, содержащегося в нем.

² В литературе этот термин использовался в качестве синонима термина «факт» или сведения о факте реальной действительности. Однако мы используем его в другом смысле – «недофакта», «квазифакта», а еще точнее «источника доказательства», то есть сведения в скорлупе его носителя. Пока защитник не вскрыет скорлупу источника обвинительного доказательства, сведения, содержащееся в нем, для него не факт; надо исследовать его, показать суду и другим субъектам доказывания.

Из этого вытекает, что понятие «факт» уже понятия доказательств, сформулированного в части 1 статьи 74 УПК РФ: доказательствами являются любые сведения, полученные и представленные в виде источников, предусмотренных частью 2 статьи 74 УПК для установления предмета доказывания. Субъективизм доказательства проявляется в том, что оно может быть как обвинительным, так и оправдательным. Объективизм факта состоит в том, что принимается судьей (присяжным заседателем) за достоверное сведение, что позволяет использовать его в качестве основания для приговора.

«Чистых» фактов, которые содержали бы в себе только инвариантное, неоспоримое знание, до признания их судом не существует¹. Факты лишь гипотезы и даже мифологизированы системой, в которой они устанавливаются². Эти гипотезы могут работать в определенном контексте уголовного дела, права, системы правосудия данной эпохи³ и никогда не могут претендовать на отображение абсолютной реальности. Факт является детерминированным культурным горизонтом – метаконтекстом, определяющим, какой набор смыслов доступен для постижения какого-либо конкретного события.

Однако может ли процессуалиста удовлетворить предложение считать средство доказывания – факт – в значительной степени субъективным, зависящим от человека, людского (в виде того же уголовно-процессуального права) явлением, то есть по большому счету *арте*фактом (техническим, производным от воли человека)? Юридическое, процессуальное (а значит, человеческое, искусственное) преобладает в факте? Все-таки есть ли связь фактазнания с пресловутым онтологическим фактом-событием? Или,

¹ В нашем процессе существует правовая возможность устанавливать факты и вне судебной процедуры, но это – исключения из общего правила.

² См.: *Лосев А.Ф.* Диалектика мифа // Миф. Число. Сущность. – М., 1994. – С. 25, 28.

³ См.: *Александров А.С.* Язык и судебная истина / А.С. Александров, И.А. Александрова // Юрислингвистика – 9: Истина в языке и праве: Межвузовский сборник научных трудов / Под ред. Н.Д. Голева. – Кемерово; Барнаул, 2008 – С. 36–73.

выражаясь по-другому, в чем же «объективная составляющая» факта?

Можно, конечно, встать на позицию лингвистического детерминизма или заменить реальную действительность «материалами дела» и только с ними заставить считаться судью. Но в условиях нашего смешанного процесса такая операция будет не совсем адекватной существующему положению вещей. Ведь следователь-то, который «производит» материалы дела, сам в свою очередь имеет дело с действительностью, которую подвергает исследованию с помощью традиционных познавательных средств: наблюдение, эксперимент, сравнение, получение сообщений и пр. Эмпирическая реальность дана ему в ощущениях, осмысливается рационально, проверяется опытным путем. Судья, кстати, также не изолирован от нее пределами судебного заседания¹.

При всей важности влияния системы конвенций, сложившейся внутри юридического сообщества, на образование факта, наверное, нельзя отрицать связи «факта» с реальной действительностью. Уголовно-процессуальный факт – это знание, что содержит в себе информацию о реальном событии. Насколько адекватно эта информация отражает реальное событие? И что важнее для факта, эта нейтрально-эмпирическая составляющая или структурирующая, формальная, прагматическая? Каково соотношение факта как момента знания с объективной реальностью? В зависимости от ответов на эти вопросы зависит и ответ на вопрос, что есть истина в уголовном процессе.

Онтологическую трактовку факта мы в начале нашего исследования отложили как мешающую нам развивать гносеологическое понимание факта, но теперь перед нами встала проблема верификации фактов как элементарных, правильных высказываний о «состоянии реальных вещей». Оказывается в конечном счете, что один только гносеологический аспект факта является недос-

¹ Хотя мы считаем, что любые попытки построить в суде «картину» действительности лежат за пределами человеческих возможностей.

таточным для понимания его специфики, для изучения проблемы его истинности и достоверности. Необходим возврат к проблематике онтологического аспекта факта не в отношении классической дихотомии: факт как знание и факт как фрагмент объективной реальности, а в отношении того, что факт является элементом многоуровневой системы знаний.

В.Я. Колдин и Н.С. Полевой, основываясь на теории отражения, говорят об изоморфизме факта по отношению к объекту: содержание факта целиком и полностью зависит от отражаемого объекта, но не от формы, в которую воплощен факт: восприятие, понятие, суждение и т. п., то есть *инвариантности* факта как его сущностной характеристики. «Положение об инвариантности факта имеет, – по их словам, – принципиальное значение для судебного исследования. Необходимым условием использования фактов является выяснение их объективного содержания, изоморфизма факта к объекту»¹. Нам, представляется, что свойство инвариантности, объективности обуславливается не только и не столько связью факта с объектом, а процедурой (состязательной), позволяющей из различных интерпретаций факта экстрагировать его «инвариантность». Но, очевидно, что дело здесь не только в состязательности, а в более глубинных закономерностях, что стоят за данной процессуальной формой.

Рассмотрение факта в свете постнеклассической методологии не означает противопоставления такого образа тому пониманию этого феномена, которое было характерно предыдущим этапам развития науки. Скорее наоборот – постнеклассическое видение представляет собой определенное уточнение концепций классики и неклассики – наряду с обретением новых форм и аспектов; современное осмысление фактического знания представляет собой и новый взгляд на такие явления, которые были иногда просто незаметны исследователям в рамках старой системы миропонимания.

¹ Колдин В.Я. Информационные процессы и структуры в криминалистике / В.Я. Колдин, Н.С. Полевой. – С. 49.

Мы, таким образом, продолжим трактовать факт в процессе, в развитии; важно взять этот феномен в становлении: от получения эмпирических данных наблюдения или эксперимента до включения в систему уголовно-процессуального знания. Должно произойти диалектическое снятие интерпретационности / субъективности факта-2 через его переинтерпретацию и осмысление в максимально широкой системе знания. Восхождение – через отрицание отрицания фактом-2 факта-1 – к качественно новому знанию обеспечивается порядком судебного разбирательства. Можно вспомнить о герменевтическом круге, спиралевидное движение по которому обогащает все новыми смыслами, модификациями смыслов факт-2 и соответственно превращает его в новое знание.

Вспомним наше рассуждение о факте-событии (факте-1) и факте – знании о событии (факт-2). Мы оставили за скобками онтологический аспект факта (факт-1). Теперь мы вводим понятие «факт-3». Кроме отображения собственно события как элемента научной картины мира, факт содержит в себе также и смысл данного события, его оценку. Факты могут развиваться и изменяться; в ходе такого развития события могут быть переосмыслены, перенесены в другой контекст. В онтологическом отношении факт понимают не как «объективную вещь», «явление природы», не имеющее отношение к человеку, а как событие, явление, предмет в контексте человеческого мировидения и мироощущения¹.

Проблема объективности факта-2 связана с исходом события факта-3, то есть с удостоверением судом достоверности сообщений о факте-1, получаемых и проверяемых из показаний свидетеля, вещественного доказательства и других «источников доказательств». Главным участником речевого события доказывания является судья (присяжный). Его выбор в пользу мнения о достоверности факта-2 превращает его в факт-3. В связи с этим можно согласиться, с определенными оговорками, с утверждением, что не будет доказательством то, что не убеждает аудиторию (судью, присяжных заседателей). Так что «сила» доказательства зависит

¹ См.: Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 198–201.

от эффективности представления и исследования в суде фактических данных¹.

Для объяснения того, как происходит качественное преобразование «информации» из факта-2 в факт-3, мы будем использовать понятие «события». Явление событийности связывается нами с источником доказательства, но в отрыве от реального события преступления, ставшего предметом познания и доказывания².

Никто из субъектов доказывания не может присутствовать при событии преступления. О каком событии тогда идет речь? Согласно мнению М.К. Мамардашвили, событие происходит тогда, когда я – субъект – присутствую; каждый раз необходимо воссоздавать, переинтерпретировать это событие вновь и вновь; «истинным может быть лишь то, что требует интерпретации, возникает на ее основе... истиной нельзя обладать, она должна воссоздаваться в каждой точке и по всем частям. И это воссоздание называется интерпретацией»³. Представление и исследование источника доказательства в единстве с его содержимым суду, интерпретация факта-2 в контексте борьбы интерпретаций, конкуренция толкований и, наконец, выбор – вот главные составляющие события факта-3.

Ни один источник доказательства сам по себе не может отвечать инвариантному критерию истинности. «Показание свидетеля является только впечатлением одного ума, а не фактом самим по себе, который может представлять себя во многих умах, во многих аспектах»⁴. Чтобы показание стало фактом, необходимо чтобы судья, присяжный (а шире – универсальная аудитория, представляющая собой всех здравомыслящих людей, к которым по-

¹ См.: Александров А.С. Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов. – Н. Новгород, 2002.

² О природе события качественного перерождения сведения в факт будет сказано в параграфе о познании и понимании, заключенном в главу 2 настоящей работы.

³ Мамардашвили М.К. Лекции о Прусте (Психологическая топология пути). – М., 1995. – С. 387–388.

⁴ Wellman F.L. The art of cross-examination. Fourth Edition, Revised and Enlarged. – New York, 1946. – P. 143.

тенциально обращена речь свидетеля) поверил в него. Достоверность любого свидетельского показания условна, поскольку оно есть частное знание. В суде любое доказательство может быть опровергнуто сомнениями в его правдоподобности, допустимости и т. п. А потому не стать фактом для судьи.

Свидетель молчит, пока ему не будут заданы вопросы следователем, защитником, а это уже вторжение личности ведущего допрос в получение «доказательства». Чтобы получить определенную информацию от свидетеля, из вещественного доказательства, протокола, документа, субъекту необходимо предварительно наметить, что, как он будет получать, в ходе получения информации он интерпретирует ее, отбирает ценностное ядро, фильтрует информацию (причесывает, как говорят следователи). Из сообщения свидетеля субъект доказывания делает перевод на язык уголовного судопроизводства. Но потом другие субъекты доказывания в свою очередь будут предлагать свои версии перевода, представленного в виде текста (письменного или устного) сведения. Именно поэтому перекрестный допрос – решающий этап в превращении фактических данных, представляемых стороной, или «материала» в факт – средство убеждения судьи. Франсис Л. Велман говорил: «Перекрестный допрос является основным средством установления фактов при споре сторон»¹. Факт, «судебный факт»² никогда не возникает в результате следственного действия одной из сторон (хотя бы и следователя, позиционирующего себя на орган расследования). Предполагается как минимум критика, проверка полученного эмпирического данного со стороны защиты. Нужно столкновение интерпретаций, повторное, многократное прочтение, проговаривание того смысла, который можно получить из сообщения свидетеля. Инвариантное знание уже затем истолковывается в судебной аргументации, становясь фактом для суда, то есть фактором его убеждения.

¹ *Wellman F.L.* The art of cross-examination. – P. 7.

² А судебный факт есть своего рода «вершина» фактообразования, происходящего в ходе доказывания.

В свете постнеклассической трактовки понятия факта можно предположить, что судебный факт (факт-3) есть данное, к которому приплюсована его интерпретация (в ходе судебного разбирательства), принимаемое судом в контексте судебного заседания за наиболее вероятный образ действительности. Доказательство есть факт, а факт есть сведение, которое допускается участниками доказывания в качестве малой посылки довода. Самое важное объяснить, почему сообщение свидетеля, иное данное *разрешается* для использования в качестве средства аргументации, почему оно обладает силой убеждения?

На наш взгляд, факт – это есть «доказательство», взятое в единстве с его источником, плюс состязательность¹. Факт-доказательство – это элемент системы знания. Это эмпирическое данное плюс система (система, воплощенная в конкурирующих *позициях* субъектов доказывания, система, заложенная в правосудие, система знания суда и т. д.). Как писал Ф.М. Достоевский, «подобно тому, как из ста кроликов нельзя склеить одну лошадь, так и из ста разрозненных мелких улик невозможно склеить судебное доказательство». Вот почему только в системе каждый факт – доказательство обретает свою силу². Системность факта-2 наиболее ярко выражена в процессуальной позиции субъекта доказывания, особенно когда она оказалась заостренной в виде довода. Скажем, одно и то же показание может быть элементом системы обвинительных доказательств, но оно же может быть и элементом оправдательной системы доказательств. Фактами-2 может оперировать и обвинитель, и защитник. Но если факты-доказательства сторон могут утрачивать свой статус, если появится сомнение в достоверности показаний свидетеля, недоверие к личности свидетеля, в результате опровержения их доводов, то принятые судом факты

¹ Главное достоинство состязательности состоит в том, что она позволяет оценить доказательство в контрасте двух противоположных позиций, она предполагает конкуренцию интерпретаций, что стимулирует ко все более глубокому и детальному распознаванию истинного содержания доказательства-факта.

² См.: Белкин Р.С. Скучная криминалистика. – Ижевск, 1993. – С. 286.

(по результатам исследования) становятся системой судебного знания, это уже судебные факты – факты-3.

Факты-3 (судебные) – это фактические данные, представленные и исследованные в судебном следствии, и, самое главное, допущенные судом в качестве истинных. Как отмечает А.С. Александров, судебный факт – это такое сведение, истинность которого предполагается сторонами и судом; они – продукт вынужденного или добровольного соглашения спорящих сторон. Если же истинность высказывания оспаривается, возникает необходимость в аргументации и, следовательно, в поисках иных оправданных суждений¹. Обычное сомнение является поводом для потери фактом своего статуса. Факт – это верное знание, которое используется для выведения новых фактов².

Таким образом, факт, это то, что вначале устанавливается судебным допросом, другими следственными действиями, а потом принимается, допускается судом как «то, что было сделано, что произошло в реальности». Факт образуется в контексте события, включающего в себя ряд частных *событий, происходящих в ходе проверки, оценки данных, представляемых и исследуемых сторонами* (например, прямого и перекрестного допроса).

Адекватность субъективной интерпретации исходных фактических данных относительна. Но фактом-3 становится не проинтерпретированное одной из сторон фактическое данное, а такое сведение, которое принимается за истинное, достоверное участниками судебного разбирательства – решающую роль в этом признании играет судья, присяжные заседатели.

Мы приходим к выводу об известной интерсубъективности статуса факта-3, которым он отличается от эмпирических данных, но и от фактов-2. Этот факт выступает инвариантой многих

¹ Факт теряет свой статус, когда у аудитории в отношении него противная сторона порождает сомнение или когда происходит расширение аудитории, и новые слушатели сомневаются в наличии перед ними факта (например, суд второй инстанции).

² См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – Н. Новгород, 2003. – С. 185.

сообщений или одного сообщения, но проинтерпретированных с разных сторон в условиях состязательности. Факт-3 – это знание, освобожденное от субъективных примесей, это истинное знание. Он предполагает соблюдение реальных гарантий достоверности в результате проверки эмпирического данного многими лицами в условиях равенства прав субъектов на предложение своей версии в их интерпретации.

Связано ли фактическое знание абсолютно достоверным знанием «реальности»? Факт все-таки, наверное, вероятное знание, при всех тех гарантиях, которые люди создают для обеспечения его достоверности. В пределах данной системы (скажем, уголовного дела, которое ведет следователь, или досье, которое формирует адвокат) факт отличается объективностью, но если мы берем его в другой системе (представляем на суд другой аудитории) – он может утратить объективность, а вместе с тем и фактичность, превратившись в версию, предположение и так вплоть до голословного утверждения. Так, говоря о вещественных доказательствах, У. Бест употребляет термин «нерешительный факт» (*infirmative fact*) или «предположение» (*hypothesis*), под ними понимается любой факт и гипотеза, которые, будучи недостаточны сами по себе для того, чтобы опровергать или подтвердить существование главного факта, все же еще ведут к ослаблению или передают неустойчивую вероятностную силу какого-то другого факта, который имеет доказательственное значение¹. У. Бест говорит и том, что в редких случаях «факты говорят слишком очевидно», чтобы нуждаться в каком-то комментировании. В громадном большинстве случаев вывод, которому часть косвенного вещественного доказательства дает развиваться, является только вероятным или предположительным².

М.С. Строгович писал: «При установлении имеющих для дела значения фактов нужно различать их вероятность и достовер-

¹ *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 185.

² *Ibid.*

ность. Вероятность – это возможность того, что данный факт имел место в действительности. Достоверность – это несомненность, истинность факта, установление его в полном соответствии с действительностью. На отдельных стадиях процесса – на дознании, на предварительном следствии – подлежащие установлению факты могут быть в ряде случаев вероятны¹. Для нас важно признание классика советского уголовного процесса того, что факты – это знание, которое может быть вероятным.

Можно с определенной долей условности говорить о «создании» фактов в процессе обработки информации, полученной из источников². Участники судебного доказывания, являясь участниками речевого обмена в судебном заседании, получают факты в ходе речедеятельности. Предмет речи (реальность) ими предполагается, но сказать, что они познают ее во всей полноте и объективности, нельзя. Хотя бы потому, что статья 61, часть 1 статьи 240 УПК не допускают к производству судебной истины тех, кто был очевидцем события преступления. «Создать судебный факт» – это значит сконструировать в представлении судьи (присяжного) образ действительности, которая исчерпывающе (в данных условиях) представлена источником (источниками) и исследована в условиях равенства права субъектов доказывания (сторон) на истолкование содержимого этого источника³.

Некоторые исследователи говорят, что факт – средство аргументации, коммуникации, познания. Его боевая, а не информационная оболочка – это структура довода. В основе аргументации лежат факты. Они подлежат удостоверению или опровержению. Юрист доказывает свою точку зрения и опровергает чужую или при помощи противопоставления представленных оппонентом «фактов», то есть других фактов, или же показывает, что высказывание является выводом из определенной аргументации, то

¹ Строгович М.С. Уголовный процесс: Учебник для юридических школ. – М., 1944. – С. 51.

² См.: Стуликов А.Н. Уголовно-процессуальные и криминалистические аспекты представления доказательств: Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2002. – С. 113.

³ См. там же.

есть «искусственным доказательством». С момента, когда информацию невозможно использовать как исходное начало высказывания, то есть она может выступать лишь в качестве вывода из аргументации, ее уже невозможно назвать фактом. Как указывали Х. Перельман и Л. Ольбрехт-Тутека, «фактом можно признать высказывание, входящее в аргумент, то есть опять же при условии, что оно не является результатом аргументации, доказывающей его достоверность»¹. Значит, в факте есть и познавательная сущность, и обосновывающая, убеждающая.

Факты, представляемые каждой из сторон в подтверждение своей позиции по делу, фактичны в пределах определенной структуры, интерпретации. Помещение факта в более широкий контекст, в условия конкурирующих интерпретаций позволяет ему освободиться от налета партийности, привнесенного интерпретациями, и расширить горизонт понимания смысла, заключенного в нем, и соответственно найти более широкий круг опор для его значимости, как правильного знания, в самых различных уровнях знания, культуры, но и морали, религии и прочих систем ценностей.

Очевидно, что на формирование факта-3 оказывает эффективность исследования доказательств в судебном следствии и вообще состязательность, предполагающая конкуренцию позиций сторон, аргументацию. Известно, что любая аргументация предполагает выбор. Она предполагает выбор элементов и способов их представления. Для того, чтобы выявить актуальность, необходимо обратиться не только к форме, но и к содержанию элемента информации. Использование данных для аргументации невозможно без их концептуальной организации, которая придает им смысл и делает их подходящими для спора. Аспектами этой организации являются способы, которые позволяют отличать аргументацию от обычного представления факта. Любая аргументация предполагает однозначность элементов, на которых она основана. Они должны пониматься одинаково вами и аудиторией

¹ Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 208.

и основываться на ваших общих знаниях¹. Актуализация в глазах аудитории какой-либо информации, представляемой оратором, может придавать ей значение фактов. Согласие суда с определенными утверждениями (исходными посылками) оратора, которыми он будет пользоваться для аргументирования, позволяет квалифицировать эти утверждения как факты. Мы разграничиваем их с утверждениями, которые содержатся в показаниях допрашиваемых лиц, или утверждениями, которые делает юрист при представлении вещественных доказательств, или утверждениями, которые содержатся в протоколах следственных действий, иных документах. Если утверждения такого рода *допускаются* судьями в качестве фактов, их следует определить как факты-3.

Однако, совершенно следуя логике вышеприведенных рассуждений, можно окончательно прийти к выводу об искусственности фактов. Ведь получается, что для процессуального факта не существует такого коррелята в действительности, который имел бы статус абсолютной объективности и выполнял бы роль гаранта достоверности фактического знания. Чтобы уйти от крайности релятивизма, очевидно, следует признать, что факт не является застывшим и неизменным образованием. Он приобретает вид процесса, перехода от чувственного восприятия к осознанию реальности события, к уверенности в том, что оно действительно было. Видимо надо трактовать факт в процессе, в развитии; становление этого феномена: от получения эмпирических данных (наблюдения, эксперимента и пр.) следователем, оперуполномоченным до включения в открытую систему судебного знания. Именно судья кладет конец сомнениям относительно существования факта, когда решается на основе имеющихся у него данных вынести решение по делу. Мы считаем, что факт и объект, хотя и не совпадают, но находятся в диалектическом единстве: любой факт является отражением объективного, хотя не все объективное превращается в итоге в фактическое. Содержание факта объективно, но при этом он неразрывно связан с субъективной фор-

¹ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 208.

мой восприятия. Факт является идеальным отражением некоторого объективного явления. Его единичность относительна, так как факт – это процесс, а не застывшая реальность¹.

«Установить факт», то есть признать его существование и, следовательно, способность порождать юридические последствия – сделать его основанием для своего процессуального решения может и следователь на предварительном расследовании: при прекращении уголовного дела, отказе в возбуждении уголовного дела. Однако ввиду судебного контроля последней инстанцией, где может быть пересмотрен вопрос о существовании факта, является опять-таки суд.

Приведем дополнительные соображения по поводу наличия объективной связи «факта» с реальным прототипом. Но искать их мы будем не в практике, не пользе и не в самой объективной реальности. А в морали, то есть в той системе общих правил, которые объединяют большинство людей (составляющих универсальную аудиторию).

Особенностью современной ситуации с теорией доказательств выступает осознание необходимости соотнесения фактического знания с более широким кругом ценностей – *мировоззренческими*², *общекультурными*. Именно к этому слою ценностей относится проблематика моральности, традиций, человеческого жизненного мира. Это может позволить расширить границы интересубъективности фактического знания юриспруденции за пределы юридического сообщества, вывести признание объективности фактов в более широкую сферу. Смысл, входящий в структуру судебных фактов в качестве контекста конкретного события, должен быть органически связан со всем культурным опытом человечества, а не только теми правилами, которые прямо закреплены в законе. Как указывает С.Б. Крымский, понимание не создает ни истины, ни достоверности, но

¹ См.: Косолапов В.В. Гносеологічна природа наукового факту. – С. 21.

² См., например: Агутин А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании.

предстает как «приобщение к истинным и достоверным основаниям в формах традиции, общения, ценностных ориентаций жизнедеятельности вообще»¹.

Классическая наука понимает под последним положение, которое может быть проверено. Неклассическая наука усматривает идеал научного факта в таком положении, которое признается определенным сообществом. Последнее представляет собой носителя стиля мышления, группу людей, разделяющих одинаковые убеждения касательно гносеологических, онтологических и аксиологических презумпций знания – мыслительный коллектив. Фактическое знание всегда детерминировано определенными ценностями. Такие ценности составляют стиль мышления данной эпохи, неявные знания, убеждения, определяющие принципы уголовно-процессуального познания и, в частности, стандарты достоверности знания, принимаемого в качестве доказательства.

Этого недостаточно – *факт должен соотноситься с общекультурными ценностями*. А. Швейцер утверждал, что судьба культуры определяется тем, в какой мере убеждения людей сохранят власть над фактами². Мы считаем, что мораль, общечеловеческие ценности, а не идеал объективной информации должны служить критериями фактичности, а в конечном счете истинности процессуального знания.

В правосудии, осуществляемом людьми в отношении людей, только мораль может служить последним мерилom истинности и справедливости. Так, Екатерина II писала: «Может быть кому, слыша сие покажется странно, что Я слово *вероятность* употребляю, говоря о преступлениях, которые должны быть несомненно известны, чтоб за оные кого наказать можно было. Однако же при сем надлежит примечать, что моральная известность есть вероятность, которая называется известностью для того, что

¹ Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – Киев., 1986. – С. 45.

² См.: Швейцер А. Благоговение перед жизнью / Пер. с нем. – М., 1992. – С. 93.

всякий благоразумный человек принужден оную за таковую признать»¹.

Как указывает У. Бест, при оценке доказательств любого вида две вещи не должны теряться из виду: 1. Последовательность различных частей доказательства. 2. Возможность или вероятность, невозможность или неправдоподобие относимых материалов /the matters related/ (обстоятельств, о которых идет речь в показаниях), которые предоставляют своего рода подтверждение или опровержение этих обстоятельств /those matters/. Под вероятностью понимается вероятность чего-нибудь, чтобы быть верным, выведенного из его соответствия нашему знанию, наблюдению и опыту. Когда предполагаемый факт является настолько противным законам Природы, которые, как предполагают, с этой целью должны проявить себя одинаково и неизменно², тогда никакое количество доказательств не могло побудить нас к тому, чтобы поверить этому факту, такой предполагаемый факт, как говорят, невозможен или физически невозможен. Есть аналогичная моральная невозможность, которая, однако, является не чем иным, как высокой степенью неправдоподобия³. Сэр Джордж Стифен по данному же поводу заметил: «Присяжный должен дать свой вердикт согласно представленным доказательствам. Но, хотя доказательства в сказанных случаях все указывают на вину, им не следует, однако, верить ввиду сильной неправдоподобности обвинения. Присяжный, в этом случае, должен решить дело так, как он решил бы такой вопрос в обыкновенной жизни.

¹ Цит. по: Зарудный С. Беккария о преступлениях и наказаниях в сравнении с главою 10-ю Наказа Екатерины и современными русскими законами. Материалы для разработки сравнительного изучения теории и практики уголовного законодательства. – СПб., 1879. – С. 52.

² Судопроизводство в настоящее время проводится исходя из предположения, что законы природы являются постоянными и неизменными; не от недоверия к сверхъестественному вмешательству, но потому что такое вмешательство несомненно редко, и было бы в высшей степени опасно, если бы судам разрешили принять эти предполагаемые вмешательства за принцип решения.

³ См.: Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 4, 14–15.

А в жизни, во всех случаях сомнения, мы обращаемся к оценке правдоподобности, потому что такое естественное решение самое легкое в данном случае»¹. «Моральная достоверность, – писал У. Бест, – такая, которая убеждает разум судей, как разумных людей, вне всякого разумного сомнения»². Моральная достоверность – это достоверность, коренящаяся в нравственном сознании судей и своим содержанием имеющая понимание моральных поступков³.

Мы считаем, что в отечественной теории доказательств предстоит выстроить учение о судебной достоверности, как не только рациональной, но нравственной категории, с учетом критерия «разумных сомнений», вытекающего из конституционного принципа о презумпции невиновности (ст. 49 Конституции РФ) и коррелирующих с ним нормативных положений, содержащихся в статьях 7, 8, 14, 19, части 4 статьи 299 УПК РФ⁴. Полагаем, что посредством стандарта разумных сомнений объективность факта выводится из процессуального контекста на более глубокие горизонты понимания и оценки происходящих в зале суда событий, и они приобретают более широкий смысл, который «улавливается» не только разумом, но и совестью, то есть горизонт истинности расширяется, выходит за пределы юридического формального, а становится общечеловеческим.

Использование в УПК таких понятий, как *справедливость*, *совесть*, делает оправданным отнесение смысла фактического к традиции, к ценностям общечеловеческой культуры, к нравственности. Факты являются осмыслением события не только в отдельном судебном контексте и даже не только в уголовно-процессуальном контексте, они принадлежат и к жизненному миру, к миру традиций и ценностей. Смыслы событий становятся

¹ Цит. по: Стефановский Д.Н. О пределах исследования в уголовном процессе: Очерк теории относимости доказательств. – С. 37.

² Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 125.

³ Ibid. – P. 124.

⁴ Об этом будет говориться в заключительной главе нашей работы.

открытыми для нас не благодаря отказу от признания ценности и осмысленности контекста человеческого бытия, но вследствие осознания этого обстоятельства, вследствие признания существования априорных установок, которые делают возможным уголовно-процессуальное познание и определяют его онтологические принципы, структуру юридической картины мира как части общечеловеческой. Мы считаем, что объективность факта означает отсутствие разумных сомнений у судьи в его соответствии объективной реальности.

Факты детерминированы не только профессиональным, уголовно-процессуальным, но и общекультурным «стилем мышления». На уголовно-процессуальных фактах лежит отблеск более высокого слоя культурных ценностей, даже по сравнению с общеправовыми. В.С. Степин называет этот слой «культурными универсалиями»; С.Б. Крымский – «культурными архетипами». По мнению К. фон Вайцзеккера, существуют некоторые трансцендентальные наиболее общие понятия, наивысшие формы, такие как *благо*, *бытие* или *истина*, которые имплицитно и несознательно присущи нашему пониманию и «без которых ничего нельзя понять»¹.

Национальная культура с присущими ей неизменными архетипическими ценностями выступает как такой структурный уровень ценностей, который находится над уровнем, отображающим культурный стиль отдельной исторической эпохи. Уголовное судопроизводство, как и все прочие культурные формы, несет в себе черты, унаследованные из прошлого, присущие национальной культуре, а также воплощает в себе общемировые ценности. Если уголовно-процессуальный закон не препятствует проведению интерпретации данных в максимально широком ценностном контексте, значит тем самым максимально гарантируется установление фактов по делу.

Постановка вопроса о правосудии и уголовном процессе как социально-культурном институте выявила наличие ценностного

¹ Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 76.

аспекта фактического знания, детерминацию последнего как «внутренними», собственно научными, так и «внешними», общекультурными ценностями. Ценность выступает как Абсолют, как идеал, как то, что относится к наиболее фундаментальным смысловым основам человеческого бытия, имеет всеобщий характер для отдельного человека и для культуры в целом. Сущность ценностей заключается не в их фактичности, то есть не в их существовании, а в их значимости. Про ценность нельзя даже сказать, что она есть, сфера ценностей – это «смысл, лежащий над всяким бытием»¹.

Таким образом, классическая наука провозгласила идеал факта как объективного знания, который не зависит от априорного опыта. Классическая дихотомия факта и ценности была переосмыслена неклассической философией. Современная философия ориентирована на тотальность «человек – мир». Объективность фактического знания обеспечивается тем, что, во-первых, инвариантная компонента факта, эмпирические данные, фиксация события является многократно проверенной и подтвержденной возможно большим числом субъектов, заинтересованных в получении истинного знания; во-вторых, смысловое истолкование данного события, которое делает его фактом, признается всем сообществом, причастным к его выработке (это гарантирует структура уголовного судопроизводства); в-третьих, принципиально возможной является переинтерпретация данного события в соответствии с общим смысловым полем человеческой культуры, оценки его с точки зрения здравого смысла и совести.

Попытаемся систематизировать наши суждения о природе фактов в уголовном процессе. Следует констатировать отсутствие однозначного понимания понятия факта, признание его многозначности и противоречивости. Факт – сложный феномен. Факт не сводится ни к эмпирическим данным, ни к инварианту – некоей объективной информации, ни к их субъективистской интерпретации данных, а выступает синтезом объективного и субъективного.

¹ Цит. по : Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 78.

Факт – это суждение о том, что было. Это суждение не получено в результате других суждений, а делается на основе восприятия субъектом данных в ходе наблюдения, эксперимента или в результате общения с другим субъектом. Это суждение, которое пригодно для выведения нового знания.

Мы не разделяем мнения о том, что факты – это явления объективной реальности. Для обозначения «реальности» (условно говоря, «вещей», «событий») следует употреблять другие термины: «обстоятельства»; для наглядности мы будем называть их «факт-1». Они познаются и соответственно составляют объект познания; предмет доказывания составляют доказываемые факты. Как будет показано далее, объект познания – факты-1, предмет доказывания – знание о фактах-1, юридические факты (состав преступления) и другие факты, ставшие предметом судебного спора или получившие значение для правильного разрешения уголовного дела.

Отнесение фактов к разряду материальных, а не идеальных категорий ошибочно. Факт есть нечто такое, что мы используем в ходе речевого обмена мыслями при любом диалоге, и следовательно, – в судебном споре для уверения, убеждения собеседника, но также аудитории. Мы опираемся на факты в рассуждениях, как в повседневных делах, но также и в суде. Издавна в качестве удостоверенных единичных фактов понимали свидетелей, документы и другие так называемые «неискусственные», то есть не создаваемые речью (искусственно), доказательства, которые позволяли устанавливать суду факты и на их основе принимать решения.

Субъекты не могут непосредственно «пользоваться» фактами-1; они могут говорить о них, думать, спорить и пр. В уголовном процессе субъекты доказывания могут пользоваться только сведениями о фактах-1: фактами-2 и фактами-3.

В составе факта можно выделить два основных момента: объективный и субъективный или инвариантный и переменный. Объективность факта презюмируется субъектами познания: факт – это не любое сведение, а достоверное, объективное сведе-

ние, способное обеспечить правильное разрешение уголовно-правового спора. Но существование факта всегда связано с интерпретацией, пониманием, переводом, отбором, то есть работой с информацией, со смыслами. Факт связан с языком, речью. Форма уголовно-процессуальных фактов – речевая (устная и документарная).

Факт – это признаваемое субъектами доказывания достоверным эмпирическое данное, сообщение о действительности. Факт – это то, чем оперируют субъекты познания. Факт включает в себя: 1) априорное знание, в виде целого набора моделей, сформированных в культуре, морали, науке, которые используются как при прединтерпретации; 2) результат чувственного восприятия субъектом объекта, то есть эмпирическое данное; 2) постинтерпретацию эмпирических данных, информации.

Доказательства-факты – это те *сведения* или, если угодно, *данные об обстоятельствах дела*, заключающиеся в показаниях свидетеля, документах, других доказательствах, в достоверности (но можно сказать, «объективности», «правильности») которых убеждается судья, присяжный, а если взять более широко – любой здравомыслящий человек.

Понятием факта не охватывается весь круг информации, которая получается, используется, накапливается и передается при выяснении фактов-1. Существует еще неотформатированная информация, эмпирические данные, не ставшие элементом системы знания, которой оперирует субъект (субъекты) доказывания / познания. Для обозначения этой сырой, темной (для аудитории) информации мы в последующем будем использовать термин «источник доказательства». Сведение, информация есть, но это любое сведение, с одной стороны, ничейное, и в то же время ничтожное.

Факт – это не информация, вернее не только информация. Для квалификации сведения как факта требуется, чтобы произошло удостоверение сведения как достоверного в рамках определенной системы знания. Факт – это проинтерпретированное, проверенное, объективное данное, полученное эмпирическим путем

(в результате наблюдения, эксперимента) или из сообщения лица. Факт является единством чувственного и рационального, эмпирического и интерпретационного.

В отношении факта существует фактическая презумпция о том, что это данное, полученное эмпирическим путем, является достоверным. Эмпирические данные, полученные органами чувств; это «болванка», набор деталей, из которых изготавливается факт как результат его описания на языке, используемом субъектами уголовно-процессуальной деятельности. Факт предстает как процесс, переход от данного чувственного восприятия к осознанию реальности события, к уверенности субъекта в том, что оно было.

Процесс формирования факта заключается в обработке субъектами доказывания эмпирического материала, которая осуществляется на все более высоком уровне, с привлечением все большего числа субъектов, повторности осуществления познавательных методов. Так, можно говорить, во-первых, о подготовке субъекта к получению информации, выявлении «следа», определении целей эксперимента или наблюдении создания условий для исследования реальности, предынтерпретации, которая отображает весь процесс формирования субъекта познания как специалиста в данной области, процесс усвоения опыта предшествующих поколений. Вторым этапом становления фактического знания выступает собственно получение эмпирических данных при применении конкретных методов познания (наблюдение, эксперимент и пр.). После этого идет третий этап – обработка (интерпретация) полученных данных, состоящая из выявления и определенного обобщения инвариантного содержания данных наблюдения или эксперимента, их выражения специальным языком (уголовно-процессуальным).

В структуре факта можно выделить две основные компоненты – объективную и субъективную. Объективная компонента – это эмпирические данные, информация. Субъективная компонента преобразует эмпирические данные в факт посредством их истолкования, перевода на язык права, судопроизводства. Субъективная компонента в составе фактического знания включает пре-

дынтерпретацию, предшествующую самому процессу получения эмпирического знания. Факт предстает как знание о событии, полученное в определенной следственно-судебной ситуации. Кроме изображения собственно события как элемента языковой картины мира, факт содержит в себе также и смысл данного события, его оценку. Факты могут развиваться и изменяться; в ходе такого развития события могут быть переосмыслены, перенесены в другой контекст. Факт – инвариант данных, получаемых из разных источников (доказательств), или проинтерпретированный разными участниками. Интерпретация, наличествующая в факте, не есть нечто внешнее по отношению к нему, она не может рассматриваться как нечто чужеродное, изменяющее и искажающее объективное содержание; она служит средством его познания и оценки. Не существует какой бы то ни было абсолютной инвариантности, поскольку даже информативная сторона факта не лишена собственных субъективно-партийных моментов.

Предынтерпретация предшествует как процессуальному объяснению данного факта, так и собственно рассмотрению «источника доказательства» на предмет извлечения из него необходимой «процессуальной» информации. Суть предынтерпретации доказательства составляет процесс формирования субъекта познания как специалиста в данной области, процесс усвоения опыта предшествующих поколений. Вторым этапом становления фактического знания выступает собственно получение фактических данных путем проведения конкретных следственных действий, но также и методов исследования, применяемых адвокатом-защитником при ведении адвокатского расследования или сотрудником оперативного аппарата при проведении оперативно-разыскных мероприятий. На втором этапе формирования факта имеет место обработка (интерпретация) полученных участниками процесса фактических данных («досудебных доказательств»), состоящая из выявления и определенного обобщения объективного содержания полученных данных, их выражения языком уголовного судопроизводства в виде соответствующих протоколов, иных документов. Третий этап преобразования факта-2 в факт-3

может иметь место в суде в результате борьбы интерпретаций, события выбора, удостоверения судом факта.

Факт-2 выступает в роли некоторого звена между областью эмпирики, первичной информации, полученной одной из сторон, и фактом-3, признанным судом. Факт-2 – это частное суждение субъекта (стороны в деле) первичного (протокольного) сообщения, если угодно – исходной информации. Факт-2 есть один из этапов формирования довода. Факт-2 равен доказательству стороны. Довод – это предложение аргументатора признать суд факт-2 фактом-3. Факт-3 равен судебному доказательству. Досудебный факт-2 может продолжить существование в суде в форме довода и превращается в судебный факт-3 в результате события судебного следствия.

Завершается формирование судебного факта в ходе судебного разбирательства (преждевременное созревание судебного факта, очевидно, возможно в процессе судебного контроля), исследования и оценки представленных сторонами «своих» доказательств (то есть еще не утративших элемент «партийности» фактов-2) судом. Суд же оценивает эти доказательства по совести, здравому смыслу, внутреннему убеждению, то есть выводит факт в мета-контекст, укореняет его в универсальной системе ценностей, идеальной разумности, сопоставимой с оценкой универсальной аудитории (по крайней мере, это подразумевается презумпцией истинности приговора). В силу специфики уголовно-процессуального познания, где невозможно непосредственное воспроизведение изучаемого события, снятие субъективности факта происходит на уровне интерпретации – состязательного исследования, проверки источников доказательств.

Достоверность или объективность факта обусловлена двумя различными, но в итоге взаимосвязанными причинами. Во-первых, его соответствием действительности. Во-вторых, его соответствием другим фактам, известным суду. *Юридический факт доказывается доказательственным фактом, но тем самым выясняется реальное положение вещей, без чего невозможно правильное применение норм права.*

§ 2. Доказательства

Где знания, что потеряли мы в потоке информации?

Эзра Паунд

В данном параграфе мы будем рассматривать понятие доказательства в том смысле, в котором оно употребляется в сфере уголовного судопроизводства, то есть в специальном, техническом смысле. Как проницательно заметил Е.А. Доля, категория доказательства должна выполнять применительно к науке и практике российского уголовного процесса роль начала¹. Действительно, категория «доказательство» имеет фундаментальное значение для теории доказательств и доказательственного права. Краткая история становления этого понятия в русском уголовно-процессуальном праве, различные его интерпретации в процессуальной науке помогут нам в том, чтобы определиться со своей позицией относительно трактовки доказательства в уголовном судопроизводстве.

Из содержания первого параграфа читателю понятно, что общий ход наших рассуждений направлен к тому, чтобы показать, что доказательства – это факты. Но они, конечно, не занимают все то место, которое образует конструкция понятия «доказательство» в системе уголовно-процессуального знания. В данном параграфе мы ставим задачу показать не только то, что доказательство – факт, но и то, чем оно *бывает* помимо факта.

Главным образом мы возьмем тот смысловой срез термина «доказательство», который связывался в истории права с «неискусственным доказательством». «Искусственному доказательству» будет посвящен следующий параграф. Но даже и

¹ См.: Доля Е.А. Проблема начала в теории уголовного процесса (Постановка вопроса) // Государство и право. – 1996. – № 10. – С. 55.

после этого предмет нашего исследования мог бы быть настолько широк, что потребовались и другие ограничения его. Недаром в Большом юридическом словаре сказано: «Доказательства (судебные) – любые фактические данные об обстоятельствах, имеющих значение для правильного разбирательства уголовного, гражданского, арбитражного, конституционного дела, а также дела об административном правонарушении. В УПК, ГПК, АПК, КоАП, ТК содержатся самостоятельные определения понятия «Д», отражающие специфику данного вида процесса»¹.

Существует огромное число интерпретаций понятия доказательства только в «широком» его смысле. Есть трактовки судебного, уголовно-процессуального доказательства как средства убеждения, фигуры мысли, логической демонстрации, довода. Именно к данной, так сказать, оценочно-мыслительной, аргументационной стороне доказательства тяготеет формулировка «доказательство-факт». Это то, что многие процессуалисты называют теорией доказательств. Но еще большее число интерпретаций термина «доказательство» было рождено в уголовно-процессуальной науке для обозначения того, с чем имеет дело следователь, защитник, судья, прокурор при выяснении в ходе производства по делу существенных обстоятельств. Данная сфера с древнейших времен является предметом приложения доказательственного права. К доказательственному праву относятся *нормы*, регулирующие деятельность участников процесса по получению и использованию доказательств, взятых в единстве их источников, сведений, средств получения и использования, полномочий субъектов и т. д.²

¹ Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. – С. 172.

² О необходимости разделения теории доказательств и доказательственного права, а также градаций этого размежевания см.: Горский Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькин. – Воронеж., 1978. – С. 45; Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 60–62.

Поскольку мы исходим из того, что в доказательстве имеются формальная и содержательная, мыслительная и практическая, теоретическая и процессуальная стороны, постольку мы будем вынуждены рассматривать понятие доказательства со всех сторон, развертывать смысл этого термина в различных направлениях. Но в качестве отправных положений мы возьмем два: 1) доказательства есть факты, устанавливающие или опровергающие доказываемые факты, и 2) доказательства есть «источники сведений» (возможных фактов), которые используются для установления доказываемых фактов (которые в свою очередь могут стать доказательственными). На этих двух узловых моментах в понимании доказательства мы и сосредоточимся. Акценты будут сделаны на том, чтобы доказать необходимость дуалистического понимания доказательства, анализа внешней, материальной стороны доказательства и вместе с тем критики условно называемого *информационно-унитарного* подхода к пониманию доказательства.

Полагаем изложению нашей позиции по поводу доказательства необходимо предпослать инвентаризацию доступного нам архива знаний об этом явлении. Еще античные авторы делили доказательства на искусственные и неискусственные¹. Аристотель создал основы логики и риторики. Он разработал учение о логи-

¹ Как отмечается в научной литературе, системой формальных доказательств было воспроизведено установленное еще античной риторикой разделение искусственных и неискусственных доказательств. Первые стали совершенными доказательствами или легальными презумпциями, вторые – косвенными уликами. Последствия этого деления можно обнаружить и в современной классификации доказательств. Продолжение традиции разграничивать по формальному признаку «полноценные» судебные доказательства и «неполноценные» следует видеть в новом разделении *уголовно-процессуальных доказательств и данных, добытых оперативно-разыскным путем*. Очевидно, конвенциональное (формальное) разграничение по правовому статусу (то есть по силе) сведений, используемых в доказывании, является непреходящим, обязательным правилом уголовно-процессуальной игры.

См.: Александров А.С. «Похвала» теории формальных доказательств // Правоведение. – 2002. – № 4. – С. 34–47.

ческом силлогизме и риторическом аргументе. Стагирит не смешивал эти мыслительные конструкции с практическими (нетехническими) доказательствами, получаемыми в суде. Он утверждал: «Способы убеждения бывают нетехническими и техническими. Нетехническими я называю способы убеждения, которые не нами изобретены, но существовали ранее, – сюда относятся: свидетели, показания под пыткой, письменные договоры и т. п.; техническими же я называю те, которые могут быть созданы нами с помощью метода, так что первые можно использовать, вторые же необходимо найти»¹. Этому же мнению придерживался М.Т. Цицерон: «Для доказательства оратор располагает средствами двоякого рода. Первое состоит не в том, что придумывает оратор, а в том, что он планомерно извлекает из самого дела; это – документы, свидетельства, договоры, соглашения, показания, законы, постановления сената, судебные решения, указы, заключения правоведов и все остальное, что не сам оратор измышляет, а что доставляют ему содержание дела и его участники. Второе же средство всецело заключается в рассуждениях и доказательствах самого оратора. Соответственно в первом случае следует обдумать, как рассматривать доказательства, а во втором – как их подбирать»².

По М.Ф. Квинтилиану, неискусственные доказательства, из которых состоит наибольшая часть судебных дел, берутся оратором вне предмета своей речи, и к ним относятся примерные суждения (*praejudicia*), слухи (*remores*), пытки (*tormenta*), письменные доказательства (*tabulae*), присяга (*jusjurandum*), свидетели³. При этом по поводу применения слухов и репутации М.Ф. Квинтилиан отмечал, что хотя эти доказательства сами по себе чужды искусства, однако надлежит иногда или утверждать, или опровергать их

¹ Аристотель. Риторика. Поэтика / Пер. с древнегреч. О.П. Цыбенко. – М., 2000. – С. 28.

² Цицерон М.Т. Три трактата об ораторском искусстве / Пер. с лат. – М., 1972. – С. 152–153.

³ См.: Квинтилиан М.Ф. Двенадцать книг риторических наставлений: В 2 т. / Пер. с лат. – СПб., 1834. – Т. 1. – Кн. 5. – С. 314.

со всею силою красноречия, и они могут быть как заслуживающими доверия, так и не имеющими доверия, подобно бесполезным историям. То же самое касается свидетельских показаний, показаний под пыткой, которые опровергаемы посредством искусных приемов оратора¹.

В Дигестах под доказательствами понимались свидетели, документы, вещи².

В античной теории доказательств особо выделяли еще *признаки, приметы* (signum, indicium), которые понимались как то, что воспринимается нашими чувствами и обладает способностью что-нибудь доказывать³.

Как пишет У. Бест, слово доказательство /proof/, очевидно, должно просто означать что-нибудь, что служит или прямо, или опосредствованно тому, чтобы убедить разум в правде или неправде факта или суждения⁴; и как истины различны, так и доказательства, предназначенные для их установления, отличаются также⁵. Таким образом, доказательствами математической проблемы или теоремы являются промежуточные идеи, которые формируют связи в цепи демонстрации; доказательства чего-либо устанавливаемого индукцией – это факты, из которых это доказательство выведено, а доказательства *вопроса факта* вообще – это *наши чувства, показания свидетелей, документы и т. п.* Термин «доказательство» также применим к убеждению, произведенному в уме доказательством, должным образом так называемым⁶. Слово «evidence» означает, в его исходном смысле, состояние из того, чтобы быть очевидным; *то есть* простой, очевидный, или

¹ См.: *Квинтилиан М.Ф.* Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 1. – Кн. 5. – С. 314.

² См.: Дигесты. Кн. 22, титул 4, 1.1 / Суд и судьи в избранных фрагментах из Дигест Юстиниана / Пер. с лат. – М., 2006. – С. 579–595.

³ См.: *Квинтилиан М.Ф.* Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 1. – Кн. 5. – С. 341.

⁴ См.: *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 6.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

общеизвестный¹. Но благодаря особенностям английского языка², оно применимо к тому, что имеет тенденцию делать (превращать) очевидным (*evident*) или производить доказательство */proof/*. Доказательство */evidence/*, таким образом – это любой факт */any matter of fact/*, чье действие или образ производят в уме убеждение, утвердительное или отрицательное, относительно существования некоторого другого факта */other matter of fact/*³. Судебные доказательства есть разновидность общего рода «доказательств», и по большей части они есть не что иное, как обычное доказательство */natural evidence/*, ограниченное или измененное правилами положительного закона⁴.

Свидетеля можно определить как человека, который дает доказательство суду⁵. Как принятие судами сообщений свидетелей, так и доверие к ним основаны на естественной, если не инстинктивной, вере, которая, очевидно, существует в человеческом разуме, в обыкновенную правдивость показаний, особенно обеспеченных санкцией клятвы; следует исходить из того, что все показания, полученные под гарантией этой санкции, и возможно даже

¹ Латинское слово «*evidential*» и французское «*Évidence*» обычно относятся к тем случаям, где убеждение происходит под воздействием наших чувств.

По отзывам У. Беста, все относящееся к понятию доказательства разрабатывается английскими светскими и церковными учеными в значении «*probatio*», а французскими писателями под «*preuve*» /доказательство/ понимается широкий круг явлений от довода, основания до знака чего-либо, улики.

См.: *Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness.* – P. 4, 6, 7, 8.

² Как отмечает У. Бест, «доказательство» («*evidentia*»), «очевидность» означает в общем любое доказательство */proof/*, будь это показания человека, вещи или документы.

См.: *Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness.* – P. 6.

³ *Bentham J. Rationale of Judicial Evidence.* – P. 17; *Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness.* – P. 6.

⁴ См.: *Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness.* – P. 7.

⁵ Слово «*witnesses*» имеет саксонское происхождение, будучи полученным от «*weten*», то есть «знать».

См.: *Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness.* – P. 111.

без нее, должны быть выслушаны и пользоваться доверием, если только специальная причина не появляется для сомнения или недоверия по отношению к ним¹. «Вещественное доказательство» — это, по выражению Маскардуса, *evidential rei vel facti*, что означает любое доказательство из любого объекта, принадлежащего к классу вещей; люди также могут быть включены в число вещественных доказательств в связи с такими характеристиками, которые объединяют их с вещами. Например, таковым будет рана, которую суд осматривает, чтобы определить, была ли она нанесена этим орудием². Под документами понимаются все материальные субстанции, на которых мысли людей представлены посредством написания или посредством любых других разновидностей оговоренных знаков или символов³.

Коротко остановимся на некоторых характерных особенностях формирования понятия доказательства в русле русской правовой традиции. В договоре Олега с греками (911 г.) говорилось, что в судебных делах надлежит признавать достоверным то, что «яве будет показаньми явленными». «Под показаниями, по коренному значению этого слова, следует разуметь вообще все, что указывает (материально) на что-нибудь, ...нельзя ограничивать смысл его одними указаниями, доступными непосредственному наблюдению суда, а напротив, следует распространять его и на те указания, которые хотя и не представлялись суду непосредственно, но подлежали наблюдению посторонних лиц, свидетельствующих о том суду, например о поимке при них и даже с помощью их вора на месте преступления»⁴. Иными словами, «архаичное» представление о доказательствах, свойственное всем народам, сводилось у нас к тому, что под доказательствами понималось все то, что помогает людям установить истину о преступлении.

¹ См.: *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. — P. 124–125.

² *Ibid.* — P. 182.

³ *Ibid.* — P. 197.

⁴ Демченко В. О показаниях свидетелей, как доказательстве по делам судебным, по русскому праву до Петра Великого. — Киев, 1859. — С. 2–3.

В частнообвинительном процессе, регулируемым Русской Правдой, доказательства выступали средствами обоснования обвинителем своего иска (поклепа). Этот процесс опирался на систему таких доказательств, как показания свидетелей (видоки и послухи), поличное (лице), очные ставки (свод), признаки правонарушений (знамения и следы), Суд Божий (испытания железом и водой) и присяга (рота).

Из Русской Правды следовало, что под доказательствами понимались также *приметы*, знамения, следы, такие как синяки, кровь, раны – внешние признаки совершенного преступления¹. Причем представление примет потерпевшим служило не косвенным, а прямым доказательством. Указанное понимание преступления и преступника сказалось и на древнейшей форме суда – двенадцати посредниках (послухах). Они судили личность не столько за деяние, сколько судили о личности – по приметам. Отсюда значимость молвы и свидетелей-послухов, которые передавали молву². В. Демченко указывал, что при поклепной вире послухи представлялись ответчиком, который не приводил никаких положительных фактов в свою пользу, а просто отрицал направленное против него обвинение, для того, чтобы они своим голосом прямо придавали вес его отрицанию и таким образом непосредственно вели к опровержению обвинения, то есть помогали *очиститься* от обвинения. Эти свидетели представляли собой участников процесса, аналогичных тем, что были известны в процессуальном праве германских народов под названием «Eideshelfer», «Juratores». Назначение последних также состояло не в удостоверении приводимых сторонами фактов, которые могли быть вовсе неизвестны, но непосредственно в подкреплении самих их слов, как достойных веры. Однако в отличие от помощников у германских народов, которые допускались с обеих сторон, то есть служили как для обвинения, так и для защиты, русские свиде-

¹ См.: Курс истории русского права. – 3-е изд. – М., 1908. – С. 384.

² См.: Пахман С. О судебных доказательствах по древнему русскому праву, преимущественно гражданскому, в историческом их развитии. – М., 1851. – С. 20 и след.

тели имели место только со стороны защиты. Поэтому их правильнее называть «очистниками» – термином, известным законодательству западных славян (*ocistnici*), у которых, впрочем, свидетели, совершенно с таким же значением, как и наши, назывались также помощниками (*romosnici*). Будучи средством очиститься от обвинения, они вместе с тем были средством освободиться от ордалий, чем еще более подтверждается их значение чисто как очистников, так как ордалии имели именно такое назначение¹. Принимая во внимание ту неопровержимую и решительную силу, какую имели показания свидетелей того и другого рода, можно смело утверждать, что в эпоху Правды в тех случаях, где они имели место, дело собственно суда ограничивалось одним решением вопроса о праве, тогда как решение вопроса о факте было делом свидетелей². Итак, есть основания допускать, что свидетели по Русской Правде были вместе с тем и судьями³. Этот момент в истории доказательственного права является у нас общим с другими народами. В Англии до начала XIII века было также. В последующем, в связи с разделением процессуальных ролей свидетеля-очевидца (*видока*), который давал показания о фактах, и судьи (не бывшего очевидцем преступления), этот образ закрепился за последним.

Более поздняя система судебных доказательств стала включать в себя: 1) собственное сознание; 2) показания обыскных лю-

¹ См. об этом: *Демченко В.* О показаниях свидетелей, как доказательстве по делам судебным, по русскому праву до Петра Великого. – С. 18–19.

² См. там же. – С. 22.

Впрочем, другие ученые напротив считали, что первоначально у нас доказательства не имели безусловной силы ни в одном из указанных отношений, что как судья был всегда в праве допустить или не допустить их, смотря по мере убедительности, какую они для него представляли, и таким образом решить дело не на основании каких-либо внешних условий, а по своему внутреннему убеждению, так и противная сторона могла опровергать их.

См.: *Дмитриев Ф.* История судебных инстанций и гражданского апелляционного судопроизводства от Судебника до Учреждения о губерниях. – М., 1859. – С. 217, 222–224.

³ См.: *Пахман С.* О судебных доказательствах по древнему русскому праву, преимущественно гражданскому, в историческом их развитии. – С. 47.

дей и свидетелей; 3) поле; 4) крестное целование. Доказательственное значение придавалось также осмотрам при решении дел о нанесении ран и увечий. Затем (к концу XVI века) в развитии доказательственного права России стали сказываться общие для государств континентальной Европы черты инквизиционности, которые охватываются понятием «розыск»¹, с ним связывалась возможность установления по государевым делам, причем с помощью самых радикальных средств, истины².

Историки права справедливо отмечают, что усиление сыскного начала привело к тому, что судья принял на себя функции прокурора, следователя и вершителя самого процесса. Суд переходит в дознание, прения сторон – в распрос. Целью же «роспроса» становится получение (часто под пыткой) признания, в котором видели «царицу доказательств». Как писал Н.Н. Ланге, при сыске никто не занимается решением главной проблемы состязательного процесса: «виновен – невиновен», а рассматривают вопрос о том, подвергать заведомо признанного виновным пытке или нет³. Кроме того, «огромную роль стало играть в судопроизводстве все разрастающееся письмоводство, запись всякого рода «речей», снятых показаний». Органы суда строятся на началах бюрократии⁴.

С усилением розыска традиционные доказательства стали претерпевать изменения: их употребление все более подчинялось настоятельным потребностям государства в устранении самых опасных угроз, а потому даже традиционные формы доказа-

¹ Необходимейшим элементом розыска был изветчик. Доказать извет – вот что являлось главной обязанностью изветчика в процессе. Поэтому он назывался еще «доводчиком», так как его обязанностью было «довести», доказать свой извет с помощью фактов и свидетелей.

² В процессуальный обиход вошли такие термины, как «доносить саму ж истину», «доносить истину», «без розыску показания сво за истину признать невозможно».

См.: Анисимов Е.В. Дыба и кнут. Полицейский сыск и русское общество в XVIII веке. – М., 1999. – С. 322, 323.

³ См.: Ланге Н. Древнее русское уголовное судопроизводство (14, 15, 16 и половины 17 веков). – СПб., 1884. – С. 118–119.

⁴ См.: Кони А.Ф. Избранные произведения: В 2 т. — М., 1958. – Т. 1: Статьи и заметки. – С. 144, 176.

тельств подвергались модификации. Наиболее ярко это проявилось в институте свидетельствования. Начиная с Судебника 1550 года и даже еще ранее стал употребляться в уголовных процессах в качестве доказательства обыск – *свидетельство многолюдное*. Самое требование многолюдства уже ясно указывает на присутствие в нем зарождавшегося нового государственного взгляда на послушество¹. Обыск – это совершенно новый вид допроса, который практикуется в розыске, то есть следственном процессе, главной чертой которого является свободное исследование государственным чиновником признаков преступления и убеждение судьбы в виновности обвиняемого. По словам В. Сергеевича, обыск являлся, наряду с пыткой, средством сыска, то есть следственного процесса, который может и даже должен начинаться *ex officio* государственными органами, которые для этой цели были созданы². Закон стал придавать ему *полную доказательную силу* в делах, имевших *государственный интерес*. По делам частным многолюдное свидетельство имело одинаковое значение со свидетельством немногочисленным, как видно и из дополнительного Указа к Судебнику 1556 года (августа 21). Только этим указом оно, наравне с некоторыми иными видами свидетельства, было решительно выделено из простого послушества, причем были обозначены его отличительные признаки как обыска³.

¹ См.: Демченко В. О показаниях свидетелей, как доказательстве по делам судебным, по русскому праву до Петра Великого. – С. 60–61.

² По определению В. Сергеевича, обыск есть допрос местных жителей или вообще о том, кто у них на посаде или в уезде разбоем занимается, лихим людям притон дает, разбойную рухлядь от них покупает, или в частности о том, что они знают об известном лице, подозреваемом в разбое.

См.: Сергеевич В. Лекции и исследования по древней истории русского права. – 4-е изд. – СПб., 1910. – С. 619.

³ Наиболее характерной чертой этой розыскной разновидности свидетельства являлось то, что *сила его*, с одной стороны, не основывалась на воле сторон, а с другой стороны, не зависела от убеждения суда в его справедливости, не подлежала опровержению противника. В случаях, где требовалось это доказательство, оно само по себе окончательно решало о существовании факта, для подтверждения которого требовалось.

См.: Демченко В. О показаниях свидетелей, как доказательстве по делам судебным, по русскому праву до Петра Великого. – С. 62.

В.Д. Спасович отмечал: «Между большим или обвинительным жюри и нашим повальным обыском есть поразительные черты сходства»¹. А.Е. Леднев пишет: «В повальном обыске свидетелями репутации обыскиваемого выступают не его друзья, не помощники, не сторонники, а целая община. Явление такого рода известно было и на Западе. В Англии приглашались к обличению все жители деревни. Но там аналог нашего обыскного учреждения превратился в суд присяжных. Вместо опросов всех членов общины в Англии стали привлекать к делам, в качестве доказательств, 12 человек присяжных. Наши обыскные люди и английские присяжные пришли на смену старых доказательств – поединка и ордалий, вера в которые начинает исчезать. В Англии присяжные из свидетельствующих превратились в судей. У нас такого не произошло»².

В дальнейшем назначение повального обыска менялось, пока он не преобразовался из экстраординарной формы института свидетельства в обыск в современном смысле слова. В *Кратком изображении процессов* он стал единственно способом удостоверения репутации, но не фактов. Впрочем, повальный обыск как самостоятельное следственное действие сохранился до середины XIX века³. На наш взгляд, для доказательственного права России повальный обыск весьма характерен: его соборность, общинность, с одной стороны, и активность государственных, розыскных органов, стремящихся выявить общую правду не через состязание, а посредством одностороннего исследования, с другой, являются ярким примером сущности следственного типа доказывания. Эта парадигма, нельзя не признать, сохранилась до наших дней.

Не менее поучительна и история очной ставки. «Ставить с очей на очей» стало актуальным средством защиты от ложного

¹ Спасович В.Д. О теории судебно-уголовных доказательств. В связи с судоустройством и судопроизводством. – СПб., 1861. – С. 22.

² Леднев А.Е. Показания свидетеля как уголовно-процессуальное доказательство: Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2006. – С. 43.

³ Согласно статьи 339 Свода законов (т. 15 ч. 2) «повальный обыск о поведении подсудимого не приемлется совершенным доказательством учиненного преступления, но служит только подкреплением других доказательств».

доноса еще в XVI веке¹. В розыске очная ставка стала составной частью «роспроса» и зачастую сопровождалась пыткой. Характерно, что очная ставка не стала перекрестным допросом, который в английском процессе превратился в стержень судебного следствия.

Как и во всех европейских странах, в России был период господства системы формальных доказательств. Эта система начала формироваться с XVI века (и даже раньше), когда некоторым доказательствам стала придаваться заранее решающая сила. Кроме повального обыска², совершенными доказательствами признавалась «общая правда», то есть свидетели, на которых делалась общая ссылка, как со стороны истца, так и со стороны ответчика³, и другие. Формальные ограничения, накладываемые на юридическое доказательство, являлись способом регулирования, внутренне присущим абсолютной власти и исключаяющим знание⁴. «Вся эта искусная и, в свое время весьма, полезная система доказательств направлена к стеснению произвола судей, к ограничению злоупотребления пыткой, но именно поэтому она предполагает пытку; пытка ее главный нерв, без пытки она немислима»⁵.

Очевидно, что в сколько-нибудь развитом виде система формальных доказательств требует теоретический фундамент в виде логики. У нас ввиду неразвитости наук формальная система до-

¹ К крестоцеловальной записи Василия Ивановича Шуйского: «Да и доводов ложных мне великому государю не слушати, а сыскивати всякими сыска накрепко и ставити с очей на очи, чтоб в том православное христианство безвинно не гибли».

Тельберг Г.Г. Очерки политического суда и политических преступлений в Московском государстве 17 века // Ученые записки Московского университета. Отдел юридический. – 1913. – Вып. 39. – С. 43.

² Полная доказательная сила была присвоена Указом 21 августа 1556 года, во-первых, свидетельству многолюдному или обыску; во-вторых, свидетельству боярина или дьяка, или приказного человека.

³ См.: *Ланге Н.* Древнее русское уголовное судопроизводство (14, 15, 16 и половины 17 веков). – С. 197.

⁴ См.: *Фуко М.* Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. – М., 1999. – С. 57.

⁵ *Спасович В.Д.* О теории судебно-уголовных доказательств. В связи с судоустройством и судопроизводством. – С. 25.

казательств была создана в виде, далеком от завершенности, характерной для ее европейских аналогов. Тем не менее, на наш взгляд, далеко не случайно то, что именно во времена формирования формальной системы доказательств появился первый прообраз теоретического понятия доказательств и доказывания. Первая разработка понятия доказательства появилась в первой русской Риторике (1620 г.). Приведем несколько положений из книги первой, в которых давались базовые представления о доказательствах и доказывании: (82) Что есть правильный разбор дела? – Правильным разбором дела является умозаключение или доказательство, происходящее из надежды на получение пользы (то есть идущее от выяснения корыстных намерений судящихся); (85) Что есть сила или крепость? – Знамена являются событиями или уликами некоего судебного дела, то есть совершенными действиями, которые разбираются простым домыслом без науки; (87) Сколько существует видов знамен (доказательств, доводов)? – Два вида: первые – предыдущие, которые как бы являются причиной дела (например, ненависть – признак брани, а клевета – признак ненависти); вторые – последующие, которые как бы являются следствием совершения вещей или дела, например, убежал оттого, что побледнел, а побледнел оттого, что застыдился; (88) Какие места окружают обстоятельства дела? – Время, место, орудие, сила, способ (образ?) приготовление (подготовка?). Эти места, окружающие дело, называются общими; (125) Доказательства и опровержения берутся и следуют от материи, то есть самих законов с тем, чтобы разумно соответствовали или возражали, чтобы были обсуждены обстоятельства, которыми широко пользуются в доказательствах, и чтобы к самим делам были правильно приобщены; (134) Откуда следуют правильные рассуждения и умозаключения? – <Доказательства следуют> от диалектических мест, от дела <причины>, от целого, от рода или от общих мест, которые много значат в этом постановлении¹.

¹ См.: Аннушкин В.И. Первая русская риторика XVII в. Текст. Перевод. Исследование. – М., 1999. – С. 111–112, 118, 120, 121.

И хотя мы видим, что теория доказательств стала элементом образования в виде риторики, для законодательства это, кажется, осталось незамеченным, видимо, особой потребности в разработке юридического учения о доказательствах тоже не было. Возможно, наша интеллектуальная элита не осознавала важности данной проблемы. Даже М.В. Ломоносов не предусмотрел судебную речь в качестве предмета риторики и не исследовал судебную аргументацию. Соответственно какие-либо теоретические построения по поводу доказывания и доказательств, бывшие в употреблении у преподавателей риторики, философии, в сфере уголовного судопроизводства отсутствовали вплоть до середины XIX века¹.

Утилитарно-прикладной аспект использования доказательств достаточно последовательно разрабатывался в формате, удобном монархической власти, чего нельзя сказать о развитии теории доказательств. Получалось так, что мы заимствовали в этом плане европейский правовой опыт, не пережив его естественным путем сами. Самым ярким подтверждением тому является петровское законодательство. Хотя до него было Соборное уложение 1649 года, где идея совершенных и несовершенных доказательств вполне четко проводилась². Следующие значимые для доказательственного права события, основными из которых были «Краткое изображение процессов или судебных тяжб» (от 30 марта 1716 г.), Наказ Екатерины Комиссии 1767 года 30 июля, развивали черты формализма в доказательственном праве. Хотя

¹ Для сравнения: в Англии в XVIII веке уже была создана национальная теория судебных доказательств.

² Впервые в категоричной форме закреплялся запрет на слух (ст. 172 Уложения 1649 г.). *Общая ссылка* стала опровержимой, то есть ее сила не абсолютна для суда и стороны. Сторона должна сама опровергнуть общую ссылку, доказав ее ложность. Уложением детально регламентировалось проведение очной ставки. Кстати, *очная ставка* между истцами и ответчика была временно отменена Указом 1697 года. Обоснование отмены очной ставки содержится в преамбуле к данному Указу: необходимо бороться со злоупотреблениями процессуальными правами со стороны тяжущихся. Однако вскоре очная ставка была восстановлена.

были закреплены (во многом декларативно) некоторые принципы состязательного правосудия¹.

¹ Так, согласно Наказу Екатерины судам надлежало исходить из *предпочтения общего права человека* – считаться невиновным. «Одного свидетеля не довольно для того, что когда обвиняемый отрицается от того, что утверждает один свидетель, то нет тут ничего известного, и право, всякому принадлежащее, верить ему, что он прав, в таком случае перевешивает на сторону обвиняемого» (ст. 189). Еще одно правило для оценки силы свидетельских показаний состояло в том, что сила свидетельского показания в пользу обвиняемого уменьшается тем более, чем более увеличивается тяжесть инкриминируемого обвиняемому деяния или невероятность им совершенного. Это указание было прямо направлено против юридической презумпции «чем тяжелее преступление, тем достовернее показание свидетеля» или иначе «в самых жестоких преступлениях (то есть наименее возможных) самое поверхностное предположение достаточно, и позволяет судье действовать вне законных пределов». В статье 190 Наказа, напротив, говорилось: «Имоверность свидетеля тем меньше есть силы, чем преступление тяжчае и обстоятельства менее вероятны. Правило сие также употребить можно при обвинениях в волшебстве, или в действиях безо всякой причины».

По данному поводу Зарудный отмечает: «Вообще при исследовании силы доказательств надлежит наблюдать, что чем более тяжко обвинение, тем сильнее должны быть и доказательства. В первом случае вероятность предполагает ложное показание многих свидетелей, чем преступление одного обвиняемого: ибо легче думать, что несколько человек поддаются обману невежества или преследованию по злобе, чем предположить, что человек пользуется такою властью, которой Бог никому не предоставил или же отнял у всякого существа. Равномерно и в последнем случае: ибо жестокость человека берет свое начало только в личной выгоде, страхе или ненависти... Равномерно достоверность свидетеля иногда уменьшается, когда он состоит членом какого-либо частного общества, правила и обычаи коего или мало известны, или же находятся в разноречии с общею жизнью: такой человек находится под влиянием не только своих собственных, но и чужих страстей. Наконец, достоверность свидетеля почти ничтожна, когда речь идет о словах, вменяемых в преступление: ибо звук голоса, движения говорящего, все что предшествует и следует за выражением различных мыслей, коим придается то или другое значение, так изменяют суть всего сказанного, что почти невозможно повторить буквально то, что именно было сказано. Далее, насильственные и необычайные действия, каковы действительные преступления, оставляют за собою следы во множестве обстоятельств и последствий, из них истекающих; чем более этих следов – тем более у обвиняемого средств для защиты: но слова остаются только в памяти большею частью неверной и, весьма часто, в подкупной памяти человека, слышавшего слова, называемые преступлением. Поэтому гораздо легче оклеветать в произнесении слов, чем в совершении действий».

Зарудный С. Беккария о преступлениях и наказаниях в сравнении с главою 10-ю Наказа Екатерины и современными русскими законами. – С. 97.

Окончательный, систематизированный вид формальное учение об оценке силы доказательств получило в Своде законов Российской империи (кн. 2 т. 15)¹. Так, в соответствии со статьей 328 *Свода законов* свидетельство медицинских чиновников принималось совершенным доказательством, когда это свидетельство было учинено на законном основании, содержит ясное и положительное удостоверение об освидетельствованном предмете и не противоречит достоверным обстоятельствам дела.

По смыслу данной статьи медицинский чиновник не был судьей научных фактов. Его показание оценивалось в системе других доказательств. И вывод о придании ему веса совершенного доказательства делался судьей по своему внутреннему убеждению с учетом всех обстоятельств дела.

Статья 329 *Свода законов* гласила, что свидетельство двух (1) достоверных (2) свидетелей, не отведенных подсудимым (3) и совершенно согласных (4) в своих показаниях, составляет совершенное доказательство, если против оно не будет представлено подсудимым достаточных опровержений (5).

Никто не может быть осужден без точных доказательств или явных улик в преступлении (ст. 304 *Свода законов*). Чем более тяжко обвинение, тем сильнее должны быть и доказательства (ст. 310). «Улики или признаки в совершении преступления сами по себе не составляют совершенного доказательства. Но сила их увеличивается; во-первых, когда многие признаки соединятся вместе; во-вторых, когда подсудимый не представит на них никакого уважительного опровержения» (ст. 341).

Были, наконец, созданы первые элементарные определения доказательств. Например, «совершенное формальное доказательство» – это неопровержимая легальная презумпция, с необходи-

¹ Интересно отметить, что некоторые его положения, дававшие руководство к оценке доказательств, сохраняли силу и после принятия Устава уголовного судопроизводства, формально покончившего с системой формальных доказательств.

мостью приводившая к осуждению. Косвенная улика – это *легальный знак*.

Требуется система примет, признаков, улик для обоснования предположения о виновности подсудимого. Выстраивание цепи косвенных доказательств предполагает использование определенных общих правил – презумпций¹. Кроме того, любая улика является придатком к общему правилу, лишь будучи соединены презумпциями в совокупность, они превращаются в юридическое доказательство.

А. Жиряев отмечал: «Улики, то есть обстоятельства, которыми, как своими спутниками, обыкновенно окружает себя преступление, или же вообще какое бы то ни было данное, составляющее предмет уголовного исследования, разнообразны»². Он считал, что «улики то и имеют в себе характеристического, что указывают собою на что-либо другое, вне их находящееся; они – знак». И далее указывал на умственное предположение связи между уликой и доказываемым обстоятельством, которое делает судья. Природа этой *предположительной, мысленно принимаемой* связи, по его мнению, другая, чем у гражданско-правовых презумпций, а именно или необходимая, или обыкновенная. Очевидно, это можно считать первым научным определением уголовно-процессуального доказательства в российской литературе³.

Подводя итог краткому обзору истории доказательственного права России, можно сказать, что оно сформировалось в своих характерных чертах в период инквизиционного процесса. От архаичного подхода к пониманию доказательств как средств частноправовой борьбы за свои интересы общество пришло к публичному доказательственному праву, и так сложилось, что это право имело следственную форму. Этот момент надо учитывать.

¹ См.: Жиряев А. Теория улик. – Дерпт, 1855. – С. 36, 37.

² Там же. – С. 43.

³ См. там же.

Если доказательственное право Англии сформировалось под влиянием практики суда присяжных¹, то доказательственное право России сформировалось под нужды не народного и сугубо официального судебного учреждения, чьи полномочия были смутно различимы с полномочиями администрации. Поэтому формирование критериев допустимости доказательств происходило не естественным путем, характерным для общего права, а декретировалось законодательной властью, которая в свою очередь подвержена политическим влияниям и даже моде – в известной роде произвольно, без осознания внутренней, народной потребности («народосбережения», по выражению А. Солженицына), а только из соображений повышения эффективности бюрократии. Это, очевидно, роднит нас с Францией и другими континентальными европейскими государствами.

Наверное, в отношении следственной формы доказательственного права России будут справедливы слова М. Фуко: «Расследование – это форма знания, а отнюдь не его содержание. Это определенная форма знания, связанная с определенными типом власти и содержанием познания... Можно с определенностью сказать, что расследование – это политическая форма, форма управления, осуществления власти, которая при помощи судебных органов стала для западной культуры способом верификации истины, усвоения того, что будет считаться истинным, а также способом передачи истинного»².

¹ П. Мерфи пишет: «Английское доказательственное право, например, является суммой серий постепенных попыток, предпринимаемых в XVIII и XIX веках для того, чтобы сделать три вещи: 1) выравнять игровое пространства для обвиняемого во время тех периодов, когда правила уголовного процесса допускали применение к нему серьезного принуждения; 2) успокаивать очевидно безграничную юридическую паранойю, которая усматривает предубеждение, фабрикацию или попытки исказить курс справедливости даже в наиболее естественных разновидностях доказательств; и 3) удержать юристов от впадения в заблуждение или неправильного управления под влиянием тех или иных доказательств, которые (по мнению судей) они были неспособны оценить объективно».

Murphy P. An Introductory Essay. – P. 5.

² Фуко М. Интеллектуалы и власть: Избранные политические статьи, выступления и интервью / Пер. с фр. – М., 2005. – Ч. 2. – С. 100–101.

Доказательственное право в определенный период своего развития регулирует оценку доказательств и берется определить критерии этой оценки. Однако современное доказательственное право основано на другом принципе – принципе свободной оценки доказательств, и соответственно фактичность становится предметом оценки судьи или должностного лица иного органа, уполномоченного разрешать дело по существу, по своему внутреннему убеждению¹. «Цель уголовного судопроизводства, – говорили составители Судебных уставов, – есть обнаружение так называемой материальной истины относительно происшествия или деяния, признаваемого преступным, и наказание действительно виновного в совершении преступления или проступка»². «Значение и сила доказательств и улик, собранных по уголовному делу, и влияние их на решение дела, – продолжали составители Судебных уставов, – могут быть определяемы судьей, или по установленным в законе положительным правилам о том, какие доказательства и улики и при каких условиях должны иметь для судьи полную убедительную силу и когда не могут иметь такой силы, или же по внутреннему убеждению судей, образовавшемуся при совокупном обсуждении всех обстоятельств дела»³.

Очевидно, со времени законодательного закрепления этого принципа и стало возможным развитие учения о доказательствах. Конечно, причины бурного развития русского учения о доказательствах были многочисленны, но главное состояло в том, что была создана среда для формирования научного объяснения того, как устанавливается истина в уголовном правосудии. Власти потребовали от интеллектуальной элиты создать такое учение. Как отмечается в уголовно-процессуальной науке, составители Су-

¹ Статья 8 «Основных положений» (1862 г.) гласила, что «теория доказательств, основанная единственно на их формальности, отменяется». Статья 57 УПК РСФСР (1922 г.) была более категорична: «Суд не ограничен никакими формальными доказательствами».

² Цит. по: Устав уголовного судопроизводства. Систематизированный комментарий (ст. 595–764) / Под ред. М.Н. Гернета. – М., 1916. – Вып. 4. – С. 828.

³ Там же.

дебных уставов полагали, что «помещаемые в Уставе правила о силе судебных доказательств должны служить только руководством при определении вины или невинности подсудимых по внутреннему убеждению судей, основанному на совокупности обстоятельств, обнаруженных при производстве следствия и суда»¹.

Следствием этой перемены, на наш взгляд, неизбежно закладывается основание для *дуалистической* трактовки доказательства: та ипостась доказательства, которая становится предметом законодательного регулирования, так или иначе бывает связана с чувственно-воспринимаемым, фиксируемым, представляемым, исследуемым и прочим *источником доказательства*. Это материальная, вещная часть жизни доказательства. Другая же его составляющая – интеллигибельная – обитает главным образом в свете логики, аргументации, гносеологии, то есть мыслительных, спекулятивных инстанциях. Она связана с познавательным процессом, законодателем не регулируется и становится предметом исключительно теоретических упражнений. В этом, на наш взгляд, причина множественности трактовок доказательств, которая, как мы видим, идет со времен античности. Только во второй половине XX века пришла мода на основе информации (ввиду природы информации, которую можно трактовать как материальную) отрицать различие между материальным и идеальным в понимании доказательства. Надеемся, нам удастся показать, что это противоречит гуманитарной традиции и не соответствует природе доказывания, правосудия.

Обратимся теперь к учению о доказательствах, которое существует в нашей стране. На наш взгляд, целесообразно разделить ученое сообщество на сторонников монистического и дуалистического (плюралистического) понимания доказательств. Сразу заметим, что среди «монистов» есть те, кто придерживается крайне широкого представления о доказательстве – как средстве доказывания, скорее даже средстве убеждения, и есть, напротив,

¹ Устав уголовного судопроизводства. Систематизированный комментарий (ст. 595–764). – С. 828.

те, кто свел понятие доказательства к формуле «сведение (информация) плюс ее источник»¹. Что же касается «плюралистов», то причины их трактовок бывают весьма разнородны и сами определения доказательств могут быть самыми причудливыми, главное в них то, что они учитывают необходимость проведения различия между источником и соответственно деятельностью-обращением с ним и его начинкой, то есть смыслом, информацией, фактическими данными, фактами и прочими названиями этой «начинки». Попытаемся выяснить, какой подход плодотворнее.

Среди тех, кто осмысливал понятие доказательства в абстрактном виде, были представители монистического подхода. Позиция В.Д. Спасовича, например, состояла в том, что доказательства являются основания убеждения судьи о виновности или невиновности подсудимого, заподозренного в известном преступлении, убеждения, которым обуславливается применение к подсудимому уголовного закона². Аналогичное определение принадлежит и М.В. Духовскому, который под доказательством понимал все, что способно содействовать разъяснению уголовного преступления, невиновности или степени виновности обвиняемого³.

Взгляда на доказательство как на то, что служит убеждению судьи в истинности утверждений сторон, придерживалась большая группа специалистов по гражданскому процессу⁴. Так, по мнению Т.М. Яблочкова, «доказательства – средства, коими стороны убеждают судей в правильности своих убеждений»⁵.

Но более распространенной точкой зрения в понимании доказательств являлась концепция определения доказательств через

¹ Конечно, могут быть нюансы в этих трактовках. Но, полагаем, для простоты можно свести их именно к такой формуле.

² См.: *Спасович В.Д.* О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судоустройством и судопроизводством. – С. 5.

³ См.: *Духовский М.В.* Русский уголовный процесс. – М., 1905. – С. 24.

⁴ См.: *Азаревич Д.* Судоустройство и судопроизводство по гражданским делам. – 1894. – Т. 2. – С. 28, *Пахман С.В.* Гражданское судопроизводство, литографированный курс лекций. – М., 1851. – С.150; *Яблочков Т.М.* Учебник русского гражданского судопроизводства. – 2-е изд. – Ярославль, 1912. – С. 86.

⁵ *Яблочков Т.М.* Учебник русского гражданского судопроизводства. – С. 86.

«факты», под которыми в свою очередь иногда понималось реальное событие преступления, но чаще вообще отчетливо не различалось объективное и субъективное в факте. Как утверждал С.И. Викторский, под уголовно-судебными доказательствами мы разумеем факты, имеющие вызвать в суде убеждения в существовании или несуществовании какого-нибудь обстоятельства, играющего роль предмета судебного исследования¹. Аналогичного мнения придерживался и Д.Г. Тальберг, который понимал под доказательствами «те факты или данные судебного производства, которые служат основанием убеждения в виновности или невиновности обвиняемого»².

С.В. Познышев указывает, что уголовно-судебными доказательствами называются те факты, которые с соблюдением установленных законом правил представлены в уголовный суд как основания для заключений о свойствах события, составляющего предмет исследования этого суда, и об ответственности судимых лиц³.

Уголовным доказательством, по мнению Л.Е. Владимирова, «называется всякий факт, имеющий назначением вызвать в судье убеждение в существовании или несуществовании какого-либо обстоятельства, составляющего предмет судебного исследования»⁴. Впрочем, он же отмечал: «Все, что наполняет мир вещественный, все, что может быть нами воспринято из мира духовного, может составлять уголовное доказательство»⁵. Это уже намек не на информационную, мыслительную сторону доказательства, а на его внешнюю, материальную часть. Кроме того, выражение «всякий факт» также подразумевает информационную трактовку факта.

Сторонниками дуалистического толкования доказательств был целый ряд известных ученых. Прежде всего, среди них надо

¹ См.: Викторский С.И. Русский уголовный процесс. – М., 1997. – С. 68.

² Тальберг Д.Г. Русское уголовное судопроизводство. – Киев, 1891. – Т. II. – С. 37.

³ См.: Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. – М., 1913. – С. 51.

⁴ Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. – С. 133.

⁵ Там же. – С. 100.

указать И.Я. Фойницкого, который утверждал: «Понятие доказательства... во-первых, означает средства, данные нам и служащие для того, чтобы при помощи их сделать заключение о неизвестном, искомом... Во-вторых, оно имеет значение самого умственного процесса, путем которого обстоятельство искомое ставится в связь с обстоятельством известным... Употребляя выражение «доказательство» в обширном смысле поставления в связь искомого с каким бы то ни было общим положением, термин этот применяют ко всем названным областям: говорят о доказательствах богословских, о доказательствах риторических, о доказательствах научных и практических. Но, строго говоря, вера не доказывает своих положений, а предполагает их и требует доверия к своим догматам; чувство и служащая для возбуждения его риторика достигают своей цели не доказательствами, а образами, возбуждающими инстинкты; и только в области знания обязательно согласие общего положения с наблюдениями и возможна проверка заключения, обеспечивающая достаточную точность и раздельность его»¹.

Следовательно, понятие доказательства, по мнению И.Я. Фойницкого, имеет два значения. Оно, во-первых, означает средства, данные нам и служащие для того, чтобы при помощи их сделать заключение о неизвестном, искомом; например, из показания свидетеля мы приходим к заключению о причинении смерти обвиняемым; это — доказательственный материал, *Factum Probandi*, служащий для вывода при помощи его искомого обстоятельства, *Factum Probandum*. Во-вторых, оно имеет значение самого умственного процесса, путем которого обстоятельство искомое ставится в связь с обстоятельством известным, данным и показывается им (*Demonstratio, Probatio*)².

Понимание доказательств во втором значении, о котором говорит И.Я. Фойницкий, представляет собой разновидность логиче-

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. — СПб., 1912. — Т. 2. — С. 162–163.

² См. там же. — С. 162.

ского доказывания. Оно больше подходит к описанию построения силлогизма. Как писал И.Я. Фойницкий, «всякое доказательство сводится к силлогизму... центральную часть его составляет большая посылка, и сила самого вывода обуславливается истинностью ее, точностью малой посылки и правильностью вывода при условии дальнейшей объективной проверки заключения»¹.

Сторонником подобного – дуалистического взгляда на доказательство был и специалист по гражданскому процессу К. Малышев, который разграничивал понятие «доказательства» в логическом и техническом смысле: «Доказательством в обширном смысле (довод) называется все, что убеждает наш ум в истинности или ложности какого-нибудь факта или положения. Такое понятие дано логическому смыслу доказательства, то есть оно относится в область логики. В техническом смысле нашей науки судебными доказательствами называются законные основания для убеждения суда в существовании или несуществовании спорных юридических фактов»².

Акцент на то, что доказательство является средством установления доказательственных фактов, делали в своих определениях и некоторые другие ученые. Так, А.Х. Гольмстен считает, что факт, заявленный стороной, воспроизводится с помощью внешних средств, предоставляемых сторонами. Доказательствами в таком случае будут те данные, которые сторона предоставляет суду с целью убедить его в истинности факта³. В процессуальном правоотношении, субъектами которого являются суд и стороны, стороны предлагают известные данные суду. Они, убежденные в истинности факта, стараются вызвать в нем то же убеждение. Доказательством и называются те данные, которые сторона предоставляет суду с целью убедить его в истинности факта. Различие между констатированием факта путем волеизъявления сто-

¹ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – Т. 2. – С. 168.

² Малышев К.И. Курс гражданского судопроизводства: В 2 т. – 2-е изд. – СПб., 1876. – Т. 1. – С. 271.

³ См.: Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. – 5-е изд. – СПб., 1913. – С. 204.

роны и констатированием путем доказательств заключается в том, что в последнем случае, в отличие от первого, факт, заявленный стороной, воспроизводится с помощью внешних средств, предоставляемых сторонами. Сами стороны лишь указывают на эти средства – суд на основании этих средств составляет себе представление о данном факте¹. Таким образом, А.Х. Гольмстен различал понятия «данные», «факты» и «средства доказывания»². Им делается, на наш взгляд, чрезвычайно полезное отделение «данных» от факта. Факт есть некое положение, констатация, мыслительная конструкция, которая создается-разрушается сторонами посредством данных. Факт присутствует в данных, но его может не стать, если сторона не убедит в его наличии суд.

По данной проблеме В.К. Случевский рассуждал следующим образом: судья стремится к обнаружению материальной истины в отношении совершившегося преступления, а обнаружить ее он может только через оценку фактических обстоятельств, предшествовавших, совпавших или следовавших за совершением преступления. Те фактические данные, которые из этой области заимствует судья и кладет в основание убеждения своего о действительности события преступления и виновности лица, на которое падает подозрение в совершении его, имеют значение уголовных по делу доказательств. Соответственно, под уголовными доказательствами, заключает В.К. Случевский, следует разуметь те фактические данные, на основании которых судья может образовать в себе, в отношении преступного посягательства, убеждение о событии преступления и виновности совершившего его лица³.

Новшеством в таком определении становится новый термин «фактические данные», которые В.К. Случевский, видимо, не желал отождествлять с фактом, но с которыми связывал наличие силы убеждения, происходящей от связи их с «фактическими об-

¹ См.: Гольмстен А.Х. Учебник русского гражданского судопроизводства. – С. 205.

² Там же.

³ См.: Случевский В.К. Учебник русского уголовного процесса. Судостроительство – судопроизводство. – 3-е изд. – СПб., 1910. – С. 41–42.

стоятельствами». Впоследствии с термином «фактические данные» стали связывать сведения о фактах, но это случилось в тексте УПК РСФСР.

После революции распространился вначале плюралистический взгляд на доказательства, причем сердцевиной понятия доказательства выступал именно факт, в понимании которого неразлично слились представления о самой реальной действительности и достоверные сведения о ней.

Своего рода исключением можно считать монистического характера высказывание М.М. Гродзинского о том, что судебными доказательствами являются материалы, из которых суд может извлечь необходимые сведения по вопросам, имело ли место преступление, кем оно совершено, какова степень опасности преступника¹.

Активность сторон таким образом сводится только к представлению суду источников сведений (материала), из которых суд самостоятельно выводит знание о предмете доказывания. Ввиду сжатости формулировки возможны различные ее интерпретации, в частности, такая, что материалы, полученные сторонами, еще не есть доказательство, а собственно доказательство в смысле факта образуется только во время судебного исследования этих материалов и оценки сведений как достоверных.

Н.Н. Полянский писал: «Слово «доказательство» многозначно, точнее, трехзначно, а именно: 1) процесс доказывания, 2) доказательственный факт (*factum probandi*), то есть факт, который служит или может служить к удостоверению или установлению какого-либо события или положения (совокупность доказательственных фактов образует доказательственный по делу материал) и 3) источник, из которого черпается доказательственный материал (свидетельские показания, документы и т. п.). Доказательственные факты и источники, из которых они черпаются, составляют средства доказывания»².

¹ См.: Гродзинский М.М. Учение о доказательствах и его эволюции // Архив криминологии и судебной медицины. – 1925. – № 1. – С. 1.

² Полянский Н.Н. Вопросы доказательственного права в практике УКК Верховсуда РСФСР за 1926 г. // Право и жизнь. – 1927. – Кн. 1. – С. 55.

Обратим внимание, что довольно продолжительное время в советской процессуальной литературе преобладало мнение о том, что доказательства в уголовном процессе – это факты (элементы объективной реальности), при помощи которых устанавливается совершенное преступление¹. В частности, А.Я. Вышинский писал, что судебные доказательства – это обычные факты, те же совершающиеся в жизни явления, те же вещи, те же люди, те же действия людей. Судебными доказательствами они являются лишь постольку, поскольку они вступают в орбиту судебного процесса, становятся средством для установления интересующих суд и следствие обстоятельств, для решения интересующих суд и следствие вопросов². Позднее он же отмечал: «Судебные доказательства различаются как: а) факты или обстоятельства, подлежащие доказыванию (установлению), то есть факты, которые нужно доказать, – *facta*, или *acta*, или *res probandae*, и б) факты, являющиеся способом, средством доказывания, то есть факты, которые используются для того, чтобы что-либо доказать, – *facta*, или *acta*, или *probantes*»³. В этих высказываниях теряется грань между онтологическим и гносеологическим пониманием факта.

Более четко трактуется «факт» как некое единичное данное, с которым связана уверенность в действительном, реальном

¹ См.: Громов В. Уголовно-судебные доказательства. Теория доказательств и практика применения норм доказательственного права / В. Громов, Н. Лаговьер; Под ред. А.Я. Вышинского. – М., 1929. – С. 17; Познышев С.В. Доказательства в уголовном процессе. – М., 1929. – С. 18; Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. – М., 1950. – С. 223; Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. – М., 1951. – С. 134–136; Голунский С.А. Вопросы доказательственного права в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик // Вопросы судопроизводства и судоустройства в новом законодательстве СССР. – М., 1959. – С. 145; Каз Ц.М. Доказательства в советском уголовном процессе. – Саратов, 1960. – С. 23–24.

² См.: Вышинский А.Я. Курс уголовного процесса. – М., 1927. – С. 23; Он же. Теория судебных доказательств в советском праве. – М., 1941. – С. 146.

³ Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. – М., 1950. – С. 223.

существовании содержания известного представления, в определениях, даваемых доказательствам другими учеными. Фактом признается то, что найдено нашими чувствами внутренними или внешними, а не выведено путем длинного ряда умозаключений¹.

По мнению профессора П.И. Люблинского, под доказательствами разумеется все, могущее быть воспринятым внешними чувствами или опознанным интуитивно, то есть путем внутреннего самонаблюдения². Он также указывал, что, с одной стороны, под словом «доказательство» разумеется известное средство доказывания, укрепляющее нашу уверенность в истинности высказываемого суждения; с другой – тот источник, из которого мы черпаем факты, могущие служить доказательствами в первом смысле этого слова. С этой точки зрения мы говорим о вещественных доказательствах, о свидетельских показаниях как доказательстве и т. д.³

Другой знаменитый советский процессуалист М.А. Чельцов-Бебутов писал: «Факты, из которых выводится существование доказываемого факта, носят название доказательственных фактов или доказательств... Доказательствами являются факты, обстоятельства»⁴. Он считал, что доказывание неразрывно связано не только с доказательствами, но и с логической деятельностью судьи при разбирательстве и разрешении дела. Для убеждения в существовании каких-нибудь неизвестных обстоятельств могут служить только другие достоверные обстоятельства, стоящие в такой связи с неизвестными, что из наличия первых вытекает действительность вторых⁵.

¹ См., например: *Голунский С.А.* Вопросы доказательственного права в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик. – С. 145–147; *Лупинская П.А.* О понятии судебных доказательств // Ученые записки ВЮЗИ. – М., 1968. – Вып. 71. – С. 104.

² См.: *Люблинский П.И.* Практический комментарий к УПК РСФСР. – С. 3.

³ См. там же.

⁴ *Чельцов М.А.* Советский уголовный процесс. – С. 134–136.

⁵ См.: *Чельцов М.А.* Уголовный процесс. – Харьков, 1929. – Вып. II. – С. 99; *Он же.* Уголовный процесс. – М., 1948. – С. 248.

В.А. Краснокутскому принадлежит такое определение: «...доказательствами называются те средства, которые стороны представляют суду с целью убедить его в истинности своих заявлений и требований»¹. Он практически в такое понятие добавил стороны². Можно расценить это как признание субъективного начала, интерпретационности в факте. Факт – это проинтерпретированное стороной сведение, информация.

Нам близка трактовка доказательства, сформулированная А.И. Трусовым. Под доказательствами он понимал те средства познания, которые используются субъектами для восстановления картины произошедшего события. Те факты, фактические данные, которые в той или иной мере отражают исследуемые по делу события и обстоятельства, для следствия и суда могут служить средствами установления последних, средствами доказывания. При соблюдении определенных условий они становятся судебными доказательствами³.

Весьма похожа на это определение формулировка С.В. Курылева, согласно которой судебным доказательством является факт, полученный из предусмотренных законом источников, находящийся с искомым в судебном процессе фактом в определенной связи, благодаря которой он может служить средством установления объективной истинности искомого факта⁴.

Да, факт – это сведение, но не любое, а такого качества сведение, которое делает его в единстве с источником доброкачественным – пригодным для использования в виде первичного, исходного, можно сказать, атомарного элемента рассуждения, довода. Сомнение в достоверности сведения ведет к утрате факта. Довод же используется для выведение из факта (фактов) нового суждения – вывода; это доведение (демонстрация) и есть собст-

¹ Краснокутский В.А. Очерки гражданско-процессуального права. – Кинешма, 1924. – С. 126.

² См. там же. – С. 126.

³ См.: Трусов А.И. Основы теории судебных доказательств. – М., 1960. – С. 32.

⁴ См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. – Минск, 1969. – С. 163.

венно *доказывание-аргументация*. К соотношению факта и довода мы еще вернемся в следующем параграфе.

Регламентация понятия доказательств (ст. 69 УПК РСФСР), как отмечает Ю.К. Орлов, привела к новому этапу дискуссий¹; в результате даже простое перечисление позиций по данной проблеме стало трудноисполнимым². Ю.К. Орлов выделяет более шести моделей (концепций) определения доказательств³.

Впрочем, как нам представляется, принципиальным для становления современной теории стало признание необходимости в различении как минимум двух ипостасей (явлений) доказательства: источника, носителя (материального) и сведения-факта. Так, В.Д. Арсеньев писал, что уголовно-процессуальными доказательствами являются фактические данные (факты настоящего и прошлого), связанные с подлежащими установлению фактическими обстоятельствами уголовного дела⁴. При этом некоторые ученые определяли доказательства через фактические данные, которые в свою очередь отождествлялись с фактами объективной действительности, и вместе с тем утверждали, что источники таких данных доказательствами не являются⁵.

Взгляды советских ученых несколько отличались от этой точки зрения⁶, согласно которой доказательствами в уголовном процессе признавались одновременно и факты, и источники этих

¹ См.: Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе: Научно-практическое пособие. – М., 2000. – С. 34.

² См. там же. – С. 35.

³ См. там же.

⁴ См.: Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств. – М., 1964. – С. 92.

⁵ См.: Голунский С.А. Вопросы доказательственного права в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик. – С. 145.

⁶ См.: Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. – М., 1955. – С. 160; Гродзинский М.М. Доказательства в советском уголовном процессе // Государственный обвинитель в советском суде. – М., 1954. – С. 11–12; Советский уголовный процесс / Под ред. Д.С. Карева. – М., 1953. – С. 50; Якуб М.Л. Советский уголовный процесс. – М., 1956. – С. 64.

фактов. Так, профессор М.С. Строгович указывал, что термин «доказательство» в уголовном процессе применяется в двух значениях: доказательство как источник получения следователем и судом сведений о том или ином факте и доказательство как самый факт, обстоятельство, из которого следствие и суд делают выводы о других фактах, подлежащих установлению по данному уголовному делу¹. Доказательства – это, во-первых, те факты, на основе которых устанавливается преступление или его отсутствие, виновность или невиновность того или иного лица в его совершении и иные обстоятельства дела, от которых зависит степень ответственности этого лица. Доказательствами являются, во-вторых, те предусмотренные законом источники, из которых следствие и суд получают сведения об имеющихся для дела значении фактах и посредством которых они эти факты устанавливают².

М.С. Строгович таким образом в наиболее законченном виде сформулировал *дуалистический* взгляд на доказательство как сочетание 1) факта и 2) источника сведений. «Двойное значение понятия доказательства – это не что-либо надуманное, искусственное, оно вытекает из самого существа доказательств, как способов. Средств установления фактических обстоятельств дела, обнаружения по делу объективной материальной истины»³. В целом мы являемся приверженцами именно данной точки зрения.

Однако точка зрения на доказательство-факт была подвергнута, по выражению В.А. Лазаревой, «суровой критике»⁴, основанной на по-новому истолкованных положениях теории отражения. Критиками указывалось, что ни при расследовании, ни в суде не фигурируют объективно существующие и достоверные факты, могущие быть использованы «в готовом

¹ См.: Строгович М.С. Уголовный процесс. – М., 1946. – С. 120.

² См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – М., 1968. – Т. 1. – С. 288–289.

³ Там же. – С. 294.

⁴ См.: Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе: Учебно-практическое пособие. – М., 2009. – С. 153.

виде» для установления предмета доказывания. Субъекты доказывания имеют дело лишь с отражением этих фактов в их сознании. Даже реальные факты, доступные непосредственному восприятию следователя, в материалах дела сохраняются лишь в виде сведений¹.

Поэтому доказательствами, по мнению ряда специалистов, должны являться не факты, познанные и процессуально закрепленные, а сведения о фактах, если они могут устанавливать или опровергать подлежащие доказыванию обстоятельства уголовного дела. Именно данная концепция получила наибольшее признание и распространение среди ученых.

Как отмечает В.А. Лазарева, критика понятия доказательства как факта была основана на ошибочном истолковании факта как самой объективной действительности, как явления материального мира, существующего независимо от нашего сознания. Понимаемые именно так факты, конечно же, не могут рассматриваться в качестве доказательств: они или не существуют в момент производства по делу, или неизвестны суду, поэтому ими не могут быть обоснованы судебные решения. Однако если рассматривать факт в соответствие с его философским смыслом как познанную часть реальности, достоверное знание о ней, мысленный (идеальный) образ объективной действительности, то концепция «доказательство-факт» имеет полное право на существование².

По этому поводу еще раньше И.И. Мухин писал, что сколько бы мы ни говорили о едином понятии доказательств, если в это понятие фактически будет вкладываться двойное значение, существо дела от этого не изменится. В понятие доказательства

¹ См.: Алексеев Н.С. Очерк развития науки советского уголовного процесса / Н.С. Алексеев, В.Г. Даев, Л.Д. Кокорев. – Воронеж, 1980. – С. 145; Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. – Казань, 1976. – С. 113–114; Хмыров А.А. Косвенные доказательства. – М., 1979. – С. 60; Кокорев Л.Д. Уголовный процесс: доказательства и доказывание / Л.Д. Кокорев, Н.П. Кузнецов. – Воронеж, 1995. – С. 23, 70.

² См.: Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. – С. 154.

следует включать не только факты или фактические данные, но и те процессуальные источники, предусмотренные законом, из которых органы следствия и суд получают сведения о фактах, имеющих значение для дела¹. Ему же принадлежит еще одно правильное, с нашей точки зрения, суждение: «Следовательно, достоверность тех или иных фактов или фактических данных как доказательств не существует сама по себе и может быть установлена в каждом отдельном случае в ходе предварительного расследования или судебного разбирательства только после тщательной проверки и оценки всех собранных доказательств в совокупности»².

Можно считать, что с 1960-х годов в нашей науке за термином «факт» прочно закрепилось значение действительного события, то есть произошла онтологизация факта, о чем мы уже говорили. В различных вариациях указанную позицию по вопросу о понятии доказательств в уголовном процессе впоследствии стали разделять многие процессуалисты³. Так, С.А. Шейфер отмечает, что существование материального объекта со следами преступления не превращает этот факт в доказательство, так как доказательством является не сам объект, а заключенная в нем либо в обстановке его обнаружения информация⁴. Доказательство представляет собой неразрывное единство сведения и источника его по-

¹ См.: Мухин И.И. Объективная истина и некоторые вопросы оценки судебных доказательств при осуществлении правосудия. – Л., 1971. – С. 58, 62, 64, 70.

² Там же. – С. 65.

³ См.: Горский Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькинд. – С. 95–103; Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-разыскной деятельности. – М., 1996. – С. 27; Луцкая П.А. О понятии судебных доказательств. – С. 104; Смыслов В.И. Свидетель в советском уголовном процессе. – С. 9; Шейфер С.А. Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе. – М., 1972. – С. 4; Орлов Ю.К. Структура судебного доказывания и понятие судебного доказательства // Вопросы борьбы с преступностью. – М., 1978. – Вып. 28. – С. 96–98.

⁴ См.: Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – Тольятти, 1998. – С. 32.

лучения относительно доказываемых фактов, обстоятельств¹. Доказательственные факты – это знания о фактах реальной действительности².

Благодаря работам криминалистов³ в понимании доказательств получил развитие информационный подход: доказательства стали ассоциироваться с информацией⁴. Доказательства – это носители информационных следов об искомых фактах⁵. Одними из первых встали на эту позицию В.Д. Арсеньев, В.Я. Дорохов, А.И. Трусов, потом были и другие. В.Д. Арсеньев понимал под информацией сведения, передаваемые посредством устной

¹ См.: Ульянова Л.Г. Оценка доказательств судом первой инстанции. – М., 1959. – С. 14; Карнеева Л.М. Доказательства в советском уголовном процессе. – Волгоград, 1988. – С. 26; Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. – Свердловск, 1991. – С. 22; Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание. – Ижевск, 1993. – С. 19, 27; Корнев Г.П. Методологические проблемы уголовно-процессуального познания. – С. 76; Левченко О.В. Общеизвестные, преюдициально установленные и законом презюмируемые факты в уголовно-процессуальном доказывании. – Астрахань, 1995. – С. 15; Кокорев Л.Д. Уголовный процесс: доказательства и доказывание / Л.Д. Кокорев, Н.Н. Кузнецов. – С. 31; Соловьев В.В. Доказывание, доказательства и их источники в уголовном процессе / В.В. Соловьев, Н.А. Громов, В.В. Николайченко. – Саратов, 1995. – С. 9; Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-разыскной деятельности. – С. 20; Шейфер С.А. Доказательство и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – С. 18; Белкин А.Р. Теория доказывания. – М., 2000. – С. 12; Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. – С. 37; Алиев Т.Т. Уголовно-процессуальное доказывание / Т.Т. Алиев, Н.А. Громов, Л.В. Макаров. – М., 2002. – С. 15; Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 32, 33.

² См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н.В. Жогин. – М., 1973. – С. 226, 227.

³ По свидетельству Р.С. Белкина и А.И. Винберга термин «информация» стал фигурировать в правовой литературе в 1964–1965 годах.

См.: Белкин Р.С. Криминалистика и доказывание (методологические проблемы) / Р.С. Белкин, А.И. Винберг. – М., 1969. – С. 173.

⁴ См.: Эйсман А.А. О понятии вещественного доказательства и его соотношении с понятиями доказательств других видов // Вопросы предупреждения преступности. – М., 1965. – Вып. 1. – С. 86–87.

⁵ См.: Белкин Р.С. Курс криминалистики. – М., 1997. – Т. 1. – С. 129 и далее.

или письменной речи, поэтому в понятие показаний, заключений экспертов и документов входят сведения о фактах и сигналы информации, с помощью которых они передаются¹. В.Я. Дорохов называл доказательство «сигналом-образом». Он считал, что доказательства представляют собой фактические данные (сведения о фактах, информацию о фактах, но не сами факты), содержащиеся в законом установленном источнике². А.И. Трусов определял доказательство как разновидность сигнала³. Эта же линия проводится и во многих современных работах. «Содержание доказательств – это заключающаяся в них доказательственная информация»⁴.

Надо отметить, что информационный подход к определению доказательства удачно вписался в онтологическую концепцию факта⁵. «Обстоятельства, имеющие значение для дела, познаются не с помощью фактов реальной действительности, а с помощью сведений о них. Поэтому и доказательствами в уголовном процессе не могут быть факты, ими является информация или сведения о фактах. Факты не могут быть доказательствами по тем со-

¹ См.: *Арсеньев В.Д.* Понятие уголовно-процессуальных доказательств в свете теории информации // Краткие сообщения и доклады о научно-исследовательской работе за 1962 г. – Иркутск, 1965. – С. 70–73; *Он же.* Вопросы общей теории судебных доказательств. – С. 84–85.

² См.: *Дорохов В.Я.* Понятие доказательства в советском уголовном процессе // Государство и право. – 1964. – № 9. – С. 108–117; *Он же.* Понятие доказательства // Теория доказательств в советском уголовном процессе: В 2 т. – М., 1966. – Т. 1: Общая часть. – С. 227–267; *Он же.* Понятие доказательства // Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н.В. Жогин. – М., 1973. – С. 197.

³ См.: *Трусов А.И.* Судебное доказывание в свете идей кибернетики // Вопросы кибернетики и право. – М., 1967. – С. 20–35.

⁴ *Белкин А.Р.* Теория доказывания. – М., 2000. – С. 43.

⁵ См., например: *Белкин Р.С.* Собрание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы. – М., 1966. – С. 10; *Винберг А.* Актуальные вопросы теории судебных доказательств в уголовном процессе / А. Винберг, Г. Кочаров, Г. Миньковский // Социалистическая законность. – 1963. – № 3. – С. 23; *Дорохов В.Я.* Понятие доказательства // Теория доказательств в советском уголовном процессе: В 2 т. – М., 1966. – Т. 1: Общая часть. – С. 229–265.

ображениям, что существуют объективно, независимо от воли человека, они не могут быть оценены с точки зрения их доброкачественности и достоверности»¹.

Таким образом, сторонники информационного подхода стали, с одной стороны, отождествлять факты с реальными событиями, подлежащими доказыванию, а с другой стороны, под доказательствами стали понимать сведения (фактические данные) о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела, как информацию, полученную из установленных в законе источников и предусмотренными законом способами. В уголовном деле факты сами должны быть доказаны «фактической информацией», «информационными доказательствами»; в общем – информацией, какие определения к ней не прибавляй (сигнал-образ и т. п.).

С утверждением информационного подхода в понимании доказательств превалирующим стал монистический подход, а именно понимание доказательства как единства информации (сведения) и его источника². Так, А.А. Рыжаков пишет, что понятие доказательства образуют следующие признаки: 1) в доказательствах содержатся сведения; 2) сведения – это информация об обстоятельствах, имеющих значение для дела; 3) сведения должны быть «собраны на» предусмотренный законом источник (добыты взяты из определенного законом источника); 4) сведения вовлекаются в уголовно-процессуальное доказывание в опреде-

¹ Селиверстов В.И. Уголовный процесс. Юриспруденция / В.И. Селиверстов, Н.А. Власова. – М., 2000. – С. 52.

² См.: Дорохов В.Я. Понятие доказательства // Теория доказательств в советском уголовном процессе. – С. 197–207, 227–228; Карнеева Л.М. Доказательства в советском уголовном процессе. – С. 26; Кокорев Л.Д. Уголовный процесс: доказательства и доказывание / Л.Д. Кокорев, Н.П. Кузнецов. – С.121; Уголовно-процессуальное право: Учебник / Под общ. ред. П.А. Лупинской. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 1997. – С. 141; Рыжаков А.П. Уголовно-процессуальное доказывание: понятие и средства. – М., 1997. – С. 12; Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации); Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса.

ленным законом порядке¹. Он же дополняет свою позицию, говоря о доказательствах как сведениях о фактах и доказательственных фактах².

Такая конструкция позволяет определять доказательство в уголовном процессе как единство фактических данных (сведений об обстоятельствах совершенного преступления) и процессуальной формы (источников фактических данных). «Содержанием отображения в доказательстве являются заключенные в нем сведения, то есть фактические данные, а формой, способом существования и выражения отображения – источник фактических данных»³. По заключению И.Б. Михайловской: «Доказательство в уголовном процессе – это неразрывное единство фактических данных (то есть сведений о подлежащих доказыванию обстоятельствах) и процессуальной формы, в которую эти фактические данные облечены»⁴.

Среди представителей монистического толкования доказательства есть отличия в деталях. В частности, В.С. Джатиев понимал под доказательством не только фактические данные, получаемые из надлежащих процессуальных источников, но и знания о фактических обстоятельствах содеянного и знания о законодательно зафиксированных признаках преступления, вместе с общими началами назначения наказания⁵. Однако эти детали несущественны. Ведь даже и те ученые, которые признают наличие сложной структуры у доказательства, исходят из того, что доказательство представляет собой единство находящихся по взаимной связи частей. Так, В.С. Балакшин указывает, что понятие «доказательство» следует рассматривать как единство трех основных элементов: 1) сведений о фактах; 2) источников сведений

¹ См.: Рыжаков А.П. Уголовный процесс: Учебник для вузов. – М., 2002. – С. 216.

² См. там же.

³ Курс советского уголовного процесса / Под ред. А.Д. Бойкова, И.И. Карпеца. – М., 1989. – С. 551.

⁴ Уголовный процесс: Учебник / Под ред. И.Л. Петрухина. – М., 2007. – С. 153.

⁵ См.: Джатиев С.В. Общая методология и современные проблемы обвинения и защиты по уголовным делам: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Владикавказ, 1995. – С. 6.

о фактах; 3) способов и порядка собирания, закрепления и проверки сведений о фактах и их источников, причем не как простое суммативное единство, а как систему их самих и возникающих в этой связи отношений¹.

Итак, есть мнение, что доказательство как уголовно-процессуальная категория есть единство сведений о фактах и процессуальной формы². Более того, В.А. Лазарева имеет все основания говорить, что это мнение большинства ученых³.

К плюсам данной позиции можно отнести то, что доказательство перестали отождествлять с фактом-1 (событием). Но плохо то, что за фактом закрепилось представление как части объективной реальности. И совсем плохо то, что доказательства стали отождествляться с информацией, а бывший когда-то главным смысловым центром определения доказательства – логический, аргументационный аспект стал вообще игнорироваться. Доказательство не факт, а информация – вот в чем суть современного учения о доказательстве, навязанного криминалистикой⁴.

¹ См.: Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 33.

² См. там же.

³ См.: Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. – С. 153.

⁴ Впрочем, будем справедливы, сказанное касается не всех криминалистов. Мы солидарны со многими взглядами В.Я. Колдина и Н.С. Полевого, в корне отличающимися от того, что приводилось выше, что мы уже неоднократно отмечали и еще будем отмечать.

Весьма прогрессивных взглядов на понятие доказательства придерживается профессор А.Ф. Лубин. Он пишет: «Доказательство – это фактические данные, полученные законным путем и отвечающие требованиям проверяемости и относимости, являющиеся основаниями для принятия уголовно-процессуальных решений на различных стадиях судопроизводства. Доказательство – это аргумент стороны уголовного процесса, принятый в качестве такового судом при доказывании утверждаемого элемента (тезиса), входящего в предмет доказывания».

Лубин А.Ф. Основные концептуальные положения кафедры криминалистики Нижегородской академии МВД России: научный аспект // Уголовно-процессуальные и криминалистические проблемы методологии и практики расследования экономических и иных преступлений: Материалы межрегиональной научно-практической интернет-конференции / Под ред. А.Ф. Лубина. – Н. Новгород, 2008. – С. 15.

Подвергнем критике эту позицию по нескольким направлениям.

Прежде всего, по поводу информационного подхода надо отметить то, что он не проводит различия между людьми и счетными машинами (компьютерами), между обменом информацией и обменом смыслами, то есть не принимает во внимание речь; механизмирует представление о доказывании и доказательствах, игнорирует психологию и другие аспекты человеческой природы.

Надо иметь в виду, что люди мыслят не информацией, а смыслами, передаваемыми речью. Интерпретацию нельзя отождествлять с декодированием знаковых систем, такая аналогия слишком груба. И вообще трактовать информацию как истинный информационный сигнал, представляющий собой «единство материального носителя и средства передачи информации»¹, это значит существенно подгонять определение информации под схему теории отражения², упрощать мыслительный процесс, неразрывно связанный с речевой деятельностью.

Сторонники информационного подхода представляют себе следователя (а в его лице вообще субъекта доказывания) в качестве воспринимающего устройства, которое на первоначальных этапах расследования, производства отдельных следственных действий «снимает со следа, по возможности не искажая, информацию»³. Следователь имеет дело с информацией, а еще точнее с «информационными сигналами»⁴. «Их так много, что фиксация всех в соответствующем процессуальном источнике, во-первых, невозможна, а во-вторых, лишена здравого смысла и не обусловлена необходимостью. Закреплению подлежит лишь те из них, которые имеют отношение к делу или подлежат проверке в период осуществления по нему производства. Поэтому в ходе следственного действия следователь, дознаватель фильтрует (еще как фильтрует! – А.К.) информацию для того, чтобы в соответствующем протоколе по-

¹ Белкин А.Р. Теория доказывания. – М., 2000. – С. 30.

² Об этом мы будем говорить более подробно во второй главе нашей работы.

³ Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 32.

⁴ Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 27.

средством знаково-информационных систем закодировать лишь ту, которая имеет значение для дела. Любая иная должна оставаться за рамками данного процесса. В ходе этой деятельности задача субъекта доказывания состоит в том, чтобы обнаружить, выявить и закрепить такую информацию или ее материальные носители (источники), которые позволят установить и доказать обстоятельства, входящие в предмет доказывания»¹.

Для данного рассуждения характерно два момента. Во-первых, косвенное признание различных уровней или степеней готовности доказательственной информации. Во-вторых, презумпция способности следователя, дознавателя *отфильтровать* ненужную информацию от нужной и придать последней процессуальную – следственную форму (протокола), с которым и ассоциируется собственно доказательство. Иными словами, с протоколированием отождествляется образование настоящего доказательства² (фактообразование, сказали бы мы), что вполне в духе понятия «доказывания-удостоверения», о котором еще пойдет речь. В-третьих, мы видим признание как относительно самостоятельной сущности доказательства-логического³. В-четвер-

¹ Балакшин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 27–28.

² Противореча самому себе, В.С. Балакшин через страницу обрушивается на прагматическую модель доказательства Пашина и заявляет: «Между тем ни сообщения (даже процессуально оформленные), ни предметы и документы сами по себе, только в силу того, что они есть, не могут являться уголовно-процессуальными доказательствами».

Балакшин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 30.

То есть следователю путем протоколирования сообщений можно фиксировать *доказательства*, а суду нельзя (поскольку, очевидно, такие сообщения могут последовать и со стороны защиты).

³ Любопытно, что автор категорически утверждает, что «понятие «доказательство» должно трактоваться, во-первых, единообразно, а во-вторых, не как формально-логическая, а как уголовно-процессуальная категория».

Балакшин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 32.

тых, опять имеет место подспудное признание того, что относимость входит в число тех сформированных логикой навыков познания, от которых зависит своего рода «калибровка» сознания субъектов доказывания и в силу этого прибавления отвлеченного знания доказательство не может считаться чистой информацией. В-пятых, мы видим, что автор вынужден признавать равноценность доказательства и его источника («закрепить такую информацию или ее материальные носители (источники)»), когда субъект работает с еще не раскрытой, непроверенной информацией (доказательством в источнике). Значит, находит подтверждение наша идея о необходимости толкования доказательства или в смысле факта, или в смысле источника-сведения. И наконец, в-шестых, В.С. Балакшин вопреки собственному зароку недопускать смешения понятий «доказательство» и «доказывание»¹ в данном рассуждении признал в доказательстве возможности метаморфозы, перерождения, развития от информации (даже источника) к такому сведению, которое может использоваться для принятия решений.

Доказательство – это не просто информация, а проинтерпретированная, осмысленная и принятая за достоверную информация, что делает ее способной служить основанием для выводного знания о доказываемом факте. Факт – это единица достоверного знания, то есть имеет ценностный аспект, изложенная в знаковой, вербальной форме, это «конвертируемое» средство, подлежащее обмену и использованию в рассуждении. Его нельзя отождествлять ни со следом, ни с данными наблюдения, эксперимента, ни с эмпирическими данными. Это не «фактическая информация» (по выражению В.С. Балакшина), с которой следователь работает подобно ученому в своей лаборатории ради установления объективной истины. Это сведение, получению которого предшествовала его предынтерпретация и которой воспо-

¹ См.: Балакшин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 32.

следовала постинтерпретация (следственная или обвинительная – в конечном счете это не важно), встраивание в систему знания субъекта доказывания, а затем – в систему знания субъектов, что и делает его инвариантным, интересубъектным. Когда информация нашла свое место в решетке знания, создаваемого в рамках «дела», она стала доказательством. Если мы говорим о сведении в данном состоянии, это будет факт-2. Судебный факт (факт-3) – это сведения, которые *состоялись как фактические основания для правосудного решения*, в ситуации выбора судом одной из интерпретаций, предложенных сторонами.

Мы отметили, что факт может пониматься как процесс, как становление. Мы видим, что даже противники отождествления доказательства с логическими категориями допускают моменты изменений, преобразований в информации. «По гносеологической и юридической природе «доказательство» как уголовно-процессуальная категория представляет собой фактическую информацию (фактические данные) об обстоятельствах, подлежащих установлению по уголовному делу, и служит объективной основой для промежуточных и итоговых выводов по нему»¹.

В сделанных признаниях уже содержится червь сомнений. Как могут быть в обладании сторон доказательства-факты, коль скоро в результате исследования и проверки выяснится, что некоторые из них «нефакты»? Зачем возвращаться к затертому понятию факта, когда созданы уже изошренные системы, объясняющие *уровни доказывания*², трансформации сведений (информации). Ведь все равно получается, что факты неоднородны, под этим понятием кроются различные явления. Да, очевидно, это так. И далее мы вернемся к этим вопросам.

И в самом деле в новейших исследованиях сторонников информационно-процессуальной модели доказательств содержится признание того, что вначале (на уровне собирания и фиксации) субъекты доказы-

¹ Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 32.

² Здесь в первую очередь следует отметить вклад профессора В.Я. Колдина.

вания оперируют информацией (первоначальной). В.С. Балакшин пишет: «Готовых доказательств с точки зрения теории и практики доказывания не существует, а потому правильное использовать словосочетание “собрание фактических данных и их источников”»¹.

Еще более отчетливо эта идея проходит у А.С. Барабаша. Он прямо указывает на неправильность отождествления знания и информации и считает, что логическим путем нельзя проверить достоверность информации. Вывод о достоверности – это проникновение в сущность изучаемого, а при работе со следами стоит более простая цель – снятие информации. С помощью органов чувств мы открываем только нечто эмпирическое, а не сущность². Значит чувственно-конкретный уровень, уровень работы со следами – информационный, здесь следователь имеет дело с «информационными доказательствами», и только на уровне выявления связей между информационными блоками получается «любое фактическое данное», к нему-то и применимы логические законы для выведения «совокупного знания» о прошлом³. Исследователь делает вывод о различии «информационных и логических доказательств»⁴. Здесь уместно также напомнить о понятии «исходной информации», которое выведено Р.С. Белкиным⁵.

То, что А.С. Барабаш называет *информационным доказательством*, В.С. Балакшин – *запротоколированной информацией*, Р.С. Белкин, Г.П. Корнев и другие – *исходной информацией*, то есть данные чувственных восприятий, эмпирические данные, для нас не является доказательством вообще. Это значило бы примерно сказать то, что доказательство – это смысл, обитающий в пустоте. Полагаем, что применительно к этой формации знания более применим термин «источник доказательства». Само же до-

¹ Балакшин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 27.

² См.: Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 32.

³ См. там же. – С. 33–35.

⁴ См. там же. – С. 37.

⁵ См.: Белкин Р.С. Скучная криминалистика. – С. 41.

казательство – это не просто сведения, это не информация, не смысл, оно тот продукт познания, что уже включен в процесс доказывания, а значит уже отобрано, проинтерпретировано, истолковано согласно установке, позиции, «партийности» субъекта (пропонента), который ее использует и убеждает других как то, что нечто было, есть.

Итак, то, что указанные ученые называют доказательством, мы считаем необходимым обозначить *источником доказательства (с наличествующим в нем сведением)*. Естественно, что источник включает в себе сведения, информацию, но она внутри, а не вне, не открыта для доказывания и критики и, следовательно, не может считаться объективной, достоверной (кроме как для «внутреннего употребления», скажем, для раскрытия преступления следователем, сотрудником оперативного аппарата; выдвижения версии, но также и принятия процессуальных решений в ходе досудебного производства).

Вполне уместной в этом плане является точка зрения, согласно которой термин «доказательство», с одной стороны, «используется для обозначения предусмотренных процессуальным законом средств (источников) получения сведений о существенных для разрешения дела фактах. С другой стороны, этот термин охватывает и самые факты...»¹.

Необходимо отдать должное взглядам криминалистов В.Я Колдина и Н.С. Полевого на рассматриваемую проблему и признать их во многом справедливыми. Они считают, что доказательство – это только один из элементов процессуального доказывания. Не видеть других элементов, не замечать различия между ними – значит не видеть движения познания от материальных источников к предмету познания, не замечать различных уровней такого познания. Принципиальным для структуры судебного доказательства является разграничение непосредственно воспринимаемых и выводных фактов. Все факты, используемые в процес-

¹ Винберг А.И. Косвенные доказательства в советском уголовном процессе / А.И. Винберг, Г.М. Миньковский, Р.Д. Рахунов. – М., 1956. – С. 5.

се доказывания, следует разделить на три категории: исходные фактические данные (информация, получаемая путем непосредственного исследования); выводные факты: доказательственные факты и искомые факты¹.

С античных времен, как уже указывалось нами, выделялись в качестве нетехнических средств доказывания свидетели, документы, вещи. В английской теории доказательств употребляют термин *средства доказывания (Instrument of evidence)*. Как пишет У. Бест, под «средствами доказывания» понимаются средства, с помощью которых доказательство фактов, как оспоренных, так и требующих быть доказанными, обращены к разуму судьи. ...Эти средства доказывания бывают трех видов: 1. Свидетели – люди, которые сообщают суду относимые факты. 2. «Вещественное Доказательство» – доказательство от вещей. 3. «Документы» – доказательство, поставляемое материальным носителем, на котором существование вещей зарегистрировано обычными знаками или символами². Очевидно, что «инструментальная» сторона доказательства должна соответствовать другим критериям, чем «фактическая».

Отметим, кстати, что многие³ уже выражали недоумение по поводу выражений «любые сведения», «любая информация», которые действительно наводят на мысль о безразличном отношении к достоверности, объективности информации. В свое время В. Зажицкий указывал на то, что в отношении понятия доказательства достаточно оставить только «фактические данные», поскольку доказательствами служат только те фактические данные, которые имеют значение для правильного разрешения дела⁴.

¹ См.: Колдин В.Я. Информационные процессы и структуры в криминалистике / В.Я. Колдин, Н.С. Полевой. – С. 64, 65, 67, 69.

² Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 110.

³ См., например: Азутин А.В. Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании. – С. 14–15.

⁴ См.: Зажицкий В. Оценочные понятия в уголовно-процессуальном законе: язык и стиль // Советская юстиция. – 1993. – № 13. – С. 25–26.

«Такое понимание доказательства означает отсутствие предустановленной оценки доказательств, доказательства изначально не рассматриваются как факты (то есть достоверные сведения)»¹. «Утверждение о том, что в основе доказывания лежат не факты, а нечто отличное от фактов, лишает доказывание фактической основы, а его выводы – достоверности»².

В.С. Балакшин повторил это уже в новой реальности: «Вызывает серьезные сомнения использование законодателем для определения данного понятия выражения «любые сведения», но не «фактические данные» либо «сведения о фактах». Обращают на себя внимание очевидные противоречия между положениями частей 1 и 2 статьи 74 УПК РФ: в одном случае доказательствами считаются «любые сведения», а в другом – «протоколы следственных и судебных действий», «вещественные доказательства», «иные документы». По смыслу это совершенно разные понятия»³. Суммируя свои высказывания по поводу доказательства, С.В. Балакшин приходит к выводу, что доказательство – это знаково-информационная система, которая включает в себя любые фактические данные, источники этих данных, а также способы и порядок их собирания, закрепления и проверки, осуществляемые с соблюдением предусмотренных в законе требований уполномоченными на то органами и должностными лицами, и выступает (в совокупности с другими системами-доказательствами) фактической и процессуальной основой установления органами предварительного расследования, прокурором и судом наличия обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела⁴. Из этого определения следует неутешительный вывод для адвоката и вообще состязательного способа доказывания. Государство в лице органов предварительного расследования, суда,

¹ Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. – С. 154.

² Колдин В.Я. Информационные процессы и структуры в криминалистике / В.Я. Колдин, Н.С. Полевой. – С. 69.

³ Балакшин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 35.

⁴ См. там же. – С. 36.

прокурора оперирует знаково-информационными системами при принятии решений. Субъекта, который мог бы со стороны посмотреть на эти системы и критически их проинтерпретировать и оценить, не предусматривается. А значит, гарантия достоверности этих информационных систем – само же государство.

Мы не можем согласиться с такой трактовкой доказательства.

Для определения доказательства как элемента знания нужно указание на правильность этого знания. Нужна квалификация сведения как объективного, достоверного. Именно на это указывает термин «факт». Не любое сведение, информация, а *факты могут считаться доказательствами*.

Значит, следующая причина, по которой мы не можем согласиться с общепринятым подходом к определению доказательства, состоит в том, что доказательство не едино и подразумевает систему градаций (условно говоря от неполного к полному доказательству), доказательства отличаются по силе убеждения, которая в них заложена, они отличаются по степени надежности.

Об этом хорошо написала в своих последних работах В.А. Лазарева. По мнению В.А. Лазаревой, доказательства могут пониматься и как сведения, и как факты, потому что это соответствует диалектическому сочетанию в них субъективного и объективного элементов. Субъективность знания обусловлена его принадлежностью определенному субъекту, установки, стереотипы, интересы которого в той или иной степени сказываются на отражаемой им картине мира. Будучи многократно проверенными, сопоставленными с другими сведениями, знания приобретают характер достоверных. То есть настолько верных, что они перестают вызывать сомнения, что и делает правомерным их рассмотрение как фактов¹.

Любой непредвзятый аналитик не может не прийти к выводу, что понятие доказательства имеет дуалистическую структуру. Мы попытались обозначить этот феномен, введя термины «факт-2» и «факт-3». Вот и В.А. Лазарева пишет: «Понятие доказательства,

¹ См.: Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. – С. 155.

таким образом, имеет два значения, доказательства-сведения и доказательства-факты, соответствующие двум уровням человеческого познания мира: чувственно-практическому и рациональному (логическому). Собираение, проверка и оценка доказательств-сведений завершается возникновением доказательств-фактов, позволяющих обосновать вывод о виновности или невиновности лица в совершении преступления... Поскольку окончательную оценку доказательствам, в том числе и с точки зрения достоверности их содержания, дает только суд в результате исследования всех доказательств в их совокупности, можно сказать, что доказательства-факты появляются в уголовном процессе одновременно с постановлением приговора. Пока же приговор не вступил в законную силу, а иногда и после, обоснованность оценки судом достоверности доказательств может подвергаться сомнению»¹.

В науке гражданского процесса аналогом приведенных представлений является классификация доказательств С.В. Курылева на предположительные и окончательные доказательства. Выражая свое отношение к доказательствам как к факту, С.В. Курылев разделил их в зависимости от связи доказательства с искомым фактом и возможностью (или невозможностью) на основе доказательства обосновать судебное решение².

Действительно, все доказательства (и аргументация субъектов доказывания) изначально имеют для правоприменителя предположительное значение и после их соответствующей оценки становятся либо предположительно-недостаточными (отвергаемые правоприменителем доказательства-факты С.В. Курылев называет недостаточными), либо окончательными – основаниями судебного или иного правоприменительного решения.

С точки зрения А.В. Смирнова и К.Б. Калиновского, законодательная формулировка «любые сведения» указывает на то, что изначально доказательства не рассматриваются как факты, то есть безусловно достоверные сведения; они еще подлежат про-

¹ Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. – С. 156.

² См.: Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. – С. 187.

верке и исследованию судом и сторонами и могут оценены иначе. Содержащаяся в доказательствах информация может указывать на искомые по делу обстоятельства с вероятностью. Доказательство не устанавливает по делу обстоятельства, направлено на их установление¹.

Можно констатировать, что многие ученые признают наличие уровней, степеней развития знания о прошлом событии, ставшем предметом расследования, от первичного до логического². Можно называть это информационными процессами, можно по-другому. Мы призываем вернуться к классическому подходу, согласно которому в доказательстве надо различать два различных момента:

1) факт, то есть то, что включено в систему рационального убеждения;

2) источник, в котором имеются сведения, способные стать фактом, являющие средством установления факта.

Мы разделяем мнение, что доказательства – это факты. Но факт, в свою очередь, мы понимаем не как знание, сразу получаемое «готовым» к использованию в качестве основания для выведения выводов, а как заготовку. Надо учитывать становление этого феномена: от получения эмпирических данных наблюдения, эксперимента, рассказа, включения его в систему аргументации стороны, проверку его в условиях конкуренции с другими интерпретациями и так до включения в систему уголовно-процессуального знания, которое формируется к моменту принятия решения по делу.

Доказательство – это доказательственный факт, элемент структуры, который находится в определенных состояниях взаимосвязи, взаимозависимости с другими элементами данной системы знания (прежде всего, с доказываемым фактом). Следовательно, доказательством не могут считаться некие «объективные» эмпирические данные, полученные в результате работы со

¹ См.: Смирнов А.В. Уголовный процесс / А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский. – 4-е изд., перераб. и доп. – М., 2008. – С. 183.

² Подробнее об этом будет сказано в параграфе первом следующей главы.

следами преступления *Абстрактного Субъекта*. Не потому, что мы отрицаем существование эмпирических данных, а потому что эти данные (информация, сведения) не могут быть сами по себе, без того чтобы быть связанными со стороной, например, стороной обвинения. Доказательства не могут быть внесистемными, ничейными. Факт-2 есть доказательство или стороны обвинения, или стороны защиты. Нас не убеждают заверения в том, что могут быть некие «одноразовые» доказательственные факты, которые получены и передаются по неким «информационным каналам» от объективного органа предварительного расследования в такой же объективный суд.

Когда первоначальные данные становятся системой знания следователя, выстраиваются в версию, трактовку событий органом уголовного преследования – это факт-2. Это факт для следователя, но не для адвоката и не для суда. Он может стать основанием аргумента обвинения. Потом, когда в силу состязательной процедуры факт проходит испытание сомнением, переинтерпретации и даже искажения, он становится фактом-3. Событие состязания и выбора делают факт-2 стороны фактом-3 – судебным фактом, который служит основанием для принятия судьей решения по делу. Хотя завершенность даже этого знания, как мы понимаем, не является необратимой. Если вышестоящий суд поставит его под сомнение, обоснованность приговора, факты утрачивают (по крайней мере, отчасти) свою силу и требуется возобновление процесса по проверке и оценке источников доказательственных сведений в условиях состязательной интерпретации.

В науке гражданского процесса существует достаточное отчетливое понимание отличия судебных доказательств от досудебных фактических данных. Собственно доказательствами являются только те, что представлены суду. А.К. Сергун указывает, что судебные доказательства – это предусмотренные и регламентированные законом процессуальные средства доказывания (объяснения сторон и третьих лиц, показания свидетелей, заключения экспертов, письменные и вещественные доказательства). Доказательствами называют также полученные из них фактические данные, на

основе которых суд устанавливает обстоятельства дела¹. Похожим образом рассуждает и Ю.К. Осипов: «Фактические данные, выступающие в качестве доказательств, – это сведения о фактах, интересующих суд. Носителями их, или, иначе, источниками доказательств, являются люди, которые наблюдали интересующие суд факты, и поэтому располагают сведениями о них, и вещи, сохранившие на себе следы определенного воздействия, или сами являющиеся следами интересующих суд событий»². Другими словами, с одной стороны, есть то, что является источником, носителем доказательств, а с другой – собственно доказательство, средство убеждения. Некоторыми авторами высказывается точка зрения, согласно которой «судебные доказательства не информация сама по себе, а система логически организованных в процессуальной форме доводов, использующих процессуальные средства для формирования у суда убеждения в истинности фактов предмета доказывания... Иными словами, доказательства по делу – аргументы, обобщенным функционалом совокупности которых является удостоверение судом достоверности (истинности) факта... Судебное доказательство – органическое триединство содержания, формы и процессуального способа их представления и анализа»³.

В теории уголовного процесса также делались попытки обосновать особое видение судебных доказательств в отношении доказательств, которыми оперируют субъекты доказывания во время досудебного производства. Так, А.С. Александров и А.Н. Стуликов проводят различие между судебными доказательствами, которые они склонны считать полными, и доказательствами, которыми оперируют до суда – несовершенными доказательствами⁴.

¹ См.: Гражданское процессуальное право России / Под ред. М.С. Шакарян. – М., 1998. – С. 176.

² Гражданский процесс. – М., 1995. – С. 166–167.

³ Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. – М., 2002. – С. 65–66.

⁴ См.: Александров А.С. Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов; Стуликов А.Н. Уголовно-процессуальные и криминалистические аспекты представления доказательств: Дис... канд. юрид. наук. – С. 57 и след.

В образовании (вызревании) доказательства, по их мнению, можно выделить начальную стадию, когда оно выступает в качестве фактического данного (досудебное доказательство), и конечную – когда оно становится (но может и не стать) фактом – отправным пунктом для построения довода в судебной аудитории¹. По мнению, А.Н. Стуликова, судебное доказательство в качестве обязательного составного элемента содержит в себе оценочное суждение, которое принимается как общепризнанное, бесспорное. Бесспорность не значит истинность, но есть конвенция, основанная на доверии сторон и / или невозможности одной из сторон подвергнуть «разумному» сомнению это суждение (в силу чрезмерности затрат)². Основу судебного доказательства образует факт (идея), полученный из одного источника, в существовании которого убеждается аудитория. Судебный факт, как посылка (фактографический пример) для убеждающего суждения (довода) стороны, – это идея (мысль) о том, что было, признанная аудиторией правильной на основе представленных и исследованных данных (сведений) или суждений, являющихся чем-то обычным для любого индивида и для общества в целом (презумпций). В принципе, факт предполагает согласие любой (универсальной или абстрактной) аудитории. Однако судебный факт есть известное состояние убеждения судьи³.

Введение фактора судебной обстановки, аудитории, акта представления / исследования доказательства в условиях состязательности – ключевой момент для понимания качественной трансформации доказательства-факта. Корень противоречий со следственной моделью обработки информации и превращения ее в основания судебного решения состоит в том, что она игнорирует состязание интерпретаций фактов, позиций сторон и не видит значения в «снятии» (через выбор по внутреннему убеждению)

¹ См.: Александров А.С. Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов. – С. 58.

² См.: Стуликов А.Н. Уголовно-процессуальные и криминалистические аспекты представления доказательств: Дис... канд. юрид. наук. – С. 111.

³ См.: Александров А.С. Язык уголовного судопроизводства. – С. 12–13.

судом сомнения в действительности факта и тем самым преобразования его в факт-3.

Как правильно отмечается, доказательная сила, являющаяся результатом действующих совместно доказательств, является составным результатом вероятностей доказательств, взятых отдельно. Но когда имеется конфликт доказательств или столкновение их друг с другом, мы должны сформировать лучшее заключение путем сравнения их *относительных* ценностей¹.

«Попытки обеспечить точное определение слова *доказательства* приводят на ум то, что психологи часто называют *абсолютным* или *точным суждением*, в противоположность *относительному суждению*. Во многих ситуациях абсолютные или точные суждения трудно или даже невозможно сделать. Я показываю Вам свет и спрашиваю Вас, насколько он яркий; это требует абсолютное или точное суждение с Вашей стороны. Вы говорите, что это не имеет никакого смысла вообще, так как у Вас, кажется, нет никакого внутреннего масштаба, подобного ваттам или люменам, к которым Вы могли бы обратиться для образования любого точного суждения о яркости света. Теперь я показываю Вам два огня и прошу, чтобы Вы сказали мне, какой из них кажется более ярким, чем другой. Эта задача теперь имеет смысл для Вас, и таким образом Вы говорите мне, что один свет более ярк, чем другой или что они оба кажутся одинаково яркими»².

С этими суждениями можно согласиться. Но вряд ли можно принять категоричность следующего суждения: «В судебной аудитории нет ничего кроме текста и речедейтельности, постоянно воспроизводящей, интерпретирующей смысл этого текста. Понятие «судебное доказательство» схватывает внешнюю сторону этого явления. Но делает это не особо раздумывая. Не случайно поэтому часто имеет место смешение под понятием «судебное доказательство» фактов реальности и сведений о них. Конечно,

¹ См.: Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 14.

² Schum D.A. The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning. – P. 7.

это ошибка думать, что можно оперировать фактами реальной действительности в суде. В суде фактична только речь. Поэтому мы и указываем на подлинную природу судебных доказательств – речевую, текстовую. Прагматичность для юриста, выступающего в суде, состоит в заботе о своей речи: как он будет представлять свои доказательства, как исследовать доказательства противника. От оратора зависит формирование судебных доказательств. Доказательства не создаются сами по себе, их делает юрист»¹.

Мы выступаем с концепцией события, чтобы объяснить то, что имеет место при представлении и перекрестном исследовании «доказательств сторон» в судебном заседании. Событийность связывается нами с контекстом судебного состязания, которое *единственное* дает выявить сравнительную ценность (вероятность) того или иного доказательства. Результатом своим событие имеет определенное состояние умонастроения судьи, его внутреннее убеждение в истинности интерпретации факта стороной, сторонами. Значит, оно существует в речевых актах: представления-исследования и проверки-оценки фактов-2, то есть в речевом событии и событии сознания одновременно. Именно событию, то есть следственным действиям, когда из источника извлекается доказательство, препарируется и интерпретируется содержащееся в нем сведение, но также испытывается и надежность носителя этого сведения – с обеих сторон и одновременно – осуществляется его восприятие и оценка судьей, обязан своим появлением факт-3. Это результат действия доказательственного средства, это результат выбора судьи оставить в силе доказательство².

Очевидно, что не все доказательства доходят по степени зрелости «полного доказательства», поскольку производство по уголовному делу может завершиться на досудебном этапе вынесени-

¹ Александров А.С. Как в суде делать факты словами / А.С. Александров, С.И. Беззубов, С.А. Фролов. – С. 40.

² О событии будет говориться еще в параграфе первом второй главы.

ем постановления о прекращении дела. Это решение, безусловно, должно основываться на установленных органами предварительного расследования фактах, которые могут быть подвергнуты и судебному контролю, однако эти факты не могут считаться судебными доказательствами. Это факты-2, так и не ставшие фактами-3.

Мы пришли к выводу об интерсубъективности факта-3, а значит, «судебного доказательства», которым он отличается от просто эмпирических данных, но также «фактов сторон», «досудебных доказательств», то есть того фактического материала, в объективности которого не удостоверился суд. Судебное доказательство выступает инвариантой многих речевых сообщений или одного сообщения, но содержание которого было удостоверено, принято участниками процесса. Доказательство-факт – это знание, освобожденное от случайных примесей, это истинное знание. Гарантии достоверности знания – процессуальные, ведь это результат проверки фактического данного сторонами в судебном процессе.

По мнению А.С. Александрова и С.П. Гришина, судьи убеждаются в наличии факта не в последнюю очередь благодаря искусному перекрестному допросу. Известно, что всякое событие, как изменение во внешнем мире, оставляет о себе определенные следы в виде воспоминаний людей или же в виде каких-нибудь предметов и т. п. В суде исследуют эти следы, сочетают их друг с другом, строят выводы и приходят к заключениям, которые и составляют убеждение (belief). Но прежде чем у субъекта доказывания сложится такое убеждение на основании следов от события (иначе говоря, «доказательств»), он испытывает общую правдоподобность исследуемого факта. Это испытание – момент до того важный в процессе образования убеждения, что иногда при самих доказательствах мы не признаем известного положения достоверным потому только, что оно противоречит нашим понятиям о правдоподобности. Представление же о правдоподобности может быть весьма различным, смотря по состоянию наших знаний, опыта и прочих моментов, не исключая предубеждений, предрас-

судков¹. Следовательно, факт, это то сообщение, которое вначале сообщается свидетелем на прямом допросе, потом проверяется на перекрестном, а потом принимается, допускается по внутреннему убеждению судьей, аудиторией, наделенной полномочием разрешать дело (присяжными), как «то, что было». Факты – не объективная реальность, а то, что люди в суде думают о ней².

«Судебным доказательством» сведение становится в дискурсе юриста-аргументатора, приобретая законченный вид средства речевого воздействия на судью – довода, общей посылкой которого являются «общие места», то есть прежде всего суждения здравого смысла³, но также и другие стереотипы познания, принимаемые без специальных доказательств. Любое «полное судебное доказательство» включает в себя суждение здравого смысла (презумпцию). В суде аргументирование опирается на фигуративность языка. Фигуры судебной речи «цепляют» фактические данные и встраивают их в систему аргументации. Только будучи встроенным в схему довода данное становится фактом. Но и наоборот, только на фактах могут строиться доводы⁴. Судья наде-

¹ См.: Александров А.С. Перекрестный допрос в суде / А.С. Александров, С.П. Гришин. – С. 120.

² См. там же. – С. 145.

³ Категория «common sense» является базовой для объяснения механизма речевого убеждения. Любые данные проходят верификацию в первую очередь на предмет соответствия их здравому смыслу, который объединяет аудиторию, состоящую из людей, способных здраво размышлять и принимать решения по совести и внутреннему убеждению.

⁴ Далее будет показано, что судьи, как и прочие люди – члены языкового сообщества, во время правовой дискуссии оперируют чаще всего риторическими аргументами. Логика помогает установить формальную истину. Но о справедливости нельзя спорить иначе, как приводя риторические доводы. Аксиологические суждения невозможно обосновать только логически. Они характеризуют определенное психическое состояние судей (присяжных) – убежденность. Вне человека нет оценки. Убежденность основывается не только на рациональных доводах, но и на вере. Судебная истина – это нравственная истина, то есть основанная на вере, поскольку выявляется по совести судьи (присяжного заседателя), делающего нравственный выбор. Судить по совести, значит судить о человеческих поступках, о человеке на основании вероятного знания.

лен законом полномочиями не только управлять дискурсом (в том числе контролировать корректность поведения участников события по представлению и исследованию доказательств сторон, например, проведение перекрестного допроса), но и давать оценку сообщаемого допрашиваемым и признавать за ним статус объективного, достоверного знания, то есть судебного факта. Или отвергать сообщаемые сведения как неверные. Таким образом, любое судебное доказательство включает в себя суждение, оценку сообщения с помощью объективных критериев верификации. Смысл сказанного свидетелем становится фактом, когда он способен вызвать у слушателей убеждение в существовании каких-либо обстоятельств. Факты, стало быть, будучи осмысленными судьями, как социальными существами, наделенными даром размышлять здраво и по совести, становятся предпосылками для принятия судебного решения¹.

Не разделяя категоричности суждения о том, что «факты – в голове у судьи», нельзя не признать того, что объективность факту, как суждению о том, что было, придает прежде всего те общие представления о закономерностях окружающего мира и знаниях его, которые разделяются разумными людьми в данную эпоху. Таким образом, субъективное в факте не отрицает того, что факты это продукт опыта (языкового) всех людей. К убеждению в существовании факта судья проходит индивидуально, однако все возможные ходы здравого смысла прописаны в коллективном сознании (и бессознательном) народа².

Факты-2, которыми оперируют люди в суде, не могут рассматриваться как абсолютные величины, непроницаемые для сомнений; они есть данные, объективность которых опирается на здра-

¹ См. об этом: *Александров А.С.* Как в суде делать факты словами / *А.С. Александров, С.И. Беззубов, С.А. Фролов.* – С. 7.

² Как уже указывалось, на оценку сообщения влияет мировоззрение, идеология. Не только здравый смысл, но убеждения (предубеждения) способствуют превращению смысла (сообщаемого речью свидетеля) в факт. Иногда, как говорил поэт: «Мы не верим». Хотя бы голос рассудка убеждал в обратном. Отсюда, кстати, проблема формирования состава присяжных заседателей.

вый смысл и житейский опыт людей, который объединяет и стороны, и судей в единое сообщество тех, кто способен понимать друг друга и отличать правду от лжи, вероятное от невероятного.

Доказательство в уголовном судопроизводстве почти никогда не достигает степени точности математической демонстрации, реконструкция прошлых событий происходит на основе определенной вероятности, а не абсолютной уверенности. Отличия между фактом и вероятным знанием нет. Факт – это знание, идея, которая с наиболее высокой степенью вероятности соответствует действительности. Судебными доказательствами обычные факты становятся постольку, поскольку они вступают в орбиту уголовного процесса, становятся средствами для установления интересующих суд и органы предварительного расследования обстоятельств, для решения вопросов, имеющих существенное значение для расследования и разрешения уголовного дела¹.

Надо отказаться от единого, упрощенного представления о процессуальном доказательстве, что равнозначно отказу от одностороннего, следственного, якобы объективного доказывания. Доказательство – это не есть «сведение» (иными словами, «смысл»), раз и навсегда объективно установленное неким субъектом доказывания (под которым подразумевается орган предварительного расследования, прокурор, суд, то есть компетентный государственный орган), существующее вне интереса, вне позиции стороны, вне речи, вне языка, то есть вне контекста состязательного судопроизводства.

Мы приходим к необходимости завершить разговор о «расколотости» понятия доказательства разбором вопроса о конструктивном значении понятия «источник», которое, на наш взгляд, должно выступать дополнением к трактовке доказательства в качестве факта².

¹ См.: Фролов С.А. Свойство относимости уголовно-процессуальных доказательств: проблемы теории и практики: Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2008. – С. 42.

² В полном соответствии с принципом дополнительности представление о доказательстве-источнике (средстве доказывания) не противоречит и не отрицает представления о доказательстве-факте.

Известно, что ряд авторов высказались за разграничение в понимании доказательств фактических данных (сведений о фактах) и источников доказательств¹. В частности, Ф.М. Кудин утверждает, что доказательства как фактические данные и источники доказательств – категории различного порядка. Роль тех оснований, опираясь на которые следователь, суд делают определенные выводы, выполняют в процессе доказывания только доказательства – фактические данные. Источники же представляют собой то, в чем содержатся доказательства. Они определяются в работе как указанные в законе средства, при помощи которых следователь, суд в установленном законом порядке получает и использует доказательства. Не в каждом источнике могут содержаться фактические данные, поэтому признанием доказательствами их источников не исключает возможность ошибок в выводах следователя, суда и принятии ими соответствующих решений². Понятие источника доказательств характеризует поисковый уровень доказывания, отражает задачу выделения и индивидуализации материального объекта – носителя доказательственной информации³.

Эти сведения могут как соответствовать, так и не соответствовать представлениям субъекта о расследуемом событии, возникшем на основе ранее полученных сведений. Но все эти сведения являются доказательствами как объектами деятельности участников уголовного процесса – их обнаруживают, собирают, закрепляют, рассматривают, проверяют и оценивают, их исследуют, анализируют, группируют, обобщают, их используют, оспаривают и подтверждают⁴.

¹ См.: Карнеева Л.М. Доказательства и доказывание при производстве расследования: Лекция. – Горький, 1977. – С. 6–10; Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. – С. 99; Белкин Р.С. Собираение, исследование и оценка доказательств. – С. 10; Карнеева Л.М. Доказательства в советском уголовном процессе. – С. 20–32.

² См.: Кудин Ф.М. Производные доказательства и их источники в советском уголовном процессе: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1967. – С. 7–8.

³ См.: Колдин В.Я. Информационные процессы и структуры в криминалистике / В.Я. Колдин, Н.С. Полевой. – С. 79.

⁴ См.: Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. – С. 154.

Значение имеет не само по себе признание необходимости отделения источника от сведения, а акт отделения источника, с содержащимся в нем сведением, от факта. Доказательство есть факты, но доказательства есть также и источники (сообщений, документов и предметов¹). То есть мы в иной плоскости, с другого захода продолжаем говорить о неоднородности «фактического материала», который может стать основой для судебного решения. В этих материалах есть факты-2, есть первичная информация, сведения верные и ложные, этому материалу сторона может придать вид доказательства и даже убедить им суд, но фактом-3 это нельзя считать.

Это тонкость была осознана некоторыми авторами. Доказательства, как явления, обладают двойственной природой: с одной стороны, это факт, с другой – источники сведений о фактах². Как пишут В.Я. Колдин и Н.С. Полевой, «утверждение о «единстве» источников и фактических данных противоречит относительно самостоятельному оперированию источниками и доказательствами фактами»³

Доказательства – это источники сведений. Когда мы выделяем этот аспект в понимании доказательства, мы как бы забываем о фактах и аргументации, для нас актуально только получение информации, проверка ее и пр. Иными словами, для нас актуализируется другая сторона в доказывании – практическая, коммуникационная, которая характеризует вещественный, внешний аспект существования доказательств. С этой стороны доказательствами являются те предусмотренные законом источники, из которых следствие и суд получают сведения, имеющие отношение к делу, представляют их другим участникам, проверяют и т. п.

¹ Именно к ним Ф.М. Кудин сводит источники доказательств.

См.: Кудин Ф.М. Производные доказательства и их источники в советском уголовном процессе. – С. 7.

² См. об этом: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 61–62.

³ Колдин В.Я. Информационные процессы и структуры в криминалистике / В.Я. Колдин, Н.С. Полевой. – С. 60.

Причина необходимости удвоения образа доказательства состоит в сложности, многогранности явления доказывания. Мы говорили, что доказывание понимается в самых различных смыслах. В частности, универсальное, логическое доказывание подразумевает использование верных исходных данных. Логика не задается вопросом, откуда взялось исходное данное, может ли оно оказаться недостоверным. Но для сыщика, следователя самый главный вопрос – где и как «скачать информацию». Обнаружение источников доказательств, работа с ними в процессуальном отношении отнюдь не равноценны установлению доказательственных фактов, на основании которых может быть разрешено уголовное дело.

Под фактами подразумеваются достоверные, объективные данные – так *должно быть* в логике, в аргументации. Строение здания истины невозможно без добротного материала – фактов. Следовательно, определение доказательства через факт – это самый простой, но вместе с тем условный, потому что умозрительный, спекулятивный, подход.

В действительности же, как всем хорошо известно, каждая из сторон ссылается на доказательства, «факты» в пользу своих требований. Но только решение по делу покажет, какие из сведений оказались действительно «фактами», а какие были отвергнуты судом как «нефакты». Но ведь, тем не менее, «доказывание» происходило, процесс состоялся, пусть даже представленные данные были (оказались) ложными (или были исключены из дела по формальным причинам). «Но каждый вероятный факт, чтобы быть признанным за доказательство, должен иметь в глазах исследующего или судьи характер достоверного факта... только то, что может привести судью к убеждению в истинности или ложности того или другого исследуемого в уголовном деле обстоятельства, может быть признано за доказательство в уголовном процессе»¹.

¹ Громов В. Уголовно-судебные доказательства. Теория доказательств и практика применения норм доказательственного права / В. Громов, Н. Лаговьер. – С. 17.

Значит, не менее, а, пожалуй что, более важно учитывать то, что доказательство имеет предметно-чувственную поверхность, за которую его может «ухватить» субъект доказывания, чтобы представить суду и оппоненту «свой» факт.

Наверное, далеко не случайно в процессе более употребим именно второй смысл термина «доказывание». Ведь по большей части работа субъектов доказывания связана с источниками сведений и естественно самими сведениями, но не как «готовыми фактами», а как любыми сведениями, которыми могут быть установлены факты. На этом одностороннем подходе основывается следственная трактовка доказательства.

На практике важна работа именно над источниками сведений и их носителями. Эта сторона доказывания, если угодно, ее можно назвать технической, криминалистической, делает необходимым употреблять слово «доказательство» не как демонстрацию, не как выводение и даже не как факт, а как «заготовку факта», возможно даже негодную для выведения истины, но от того не менее важную с точки зрения попыток найти действительно «объективное данное», которое и станет фактом.

Мы пришли к признанию необходимости проведения различия между сведением, претендующим на получение статуса факта – фактическим данным, заключенном в источнике, и собственно фактом, тем более судебным фактом. «Фактическое данное» содержится в указанном законом источнике: в показаниях свидетеля, документе, протоколе и пр. Ему еще подлежит быть представленным и пройти интерпретацию с разных сторон в контексте судебного разбирательства и возможно стать фактом. Но ни один источник доказательства сам по себе не может отвечать инвариантному критерию истинности. Понятие «фактические данные» используется нами для обозначения еще «сырых», эмпирических данных, полученных с помощью органов чувств; это «болванка», набор деталей, из которых изготавлиется факт как результат его описания на языке уголовного судопроизводства (в виде протокола, например). Факт в собственном значении оказывается только фактом судебным, то есть

итоговым, проинтерпретированным знанием судьи о событии, сформированным в результате состязательного исследования источника доказательств.

Примерно в этом же духе рассуждает и В.А. Новицкий, который пишет, что термин «доказательство» в процессуальном смысле охватывает по существу два ряда фактов, что возможно и по этому признаку их классифицировать: предположительные – факты, представляемые в качестве доказательств; окончательные – те, которые кладутся в основу постановления суда¹.

Мы должны заключить, что доказательства (в прикладном, практическом смысле) – это любые документы, предметы и показания (сообщения) лиц, полученные способом, не запрещенным законом, на основании которых в суде может быть правильно установлено наличие или отсутствие любых спорных фактов. Доказательства-источники – это данные, способные подтвердить наличие фактов. Когда мы берем внешнюю форму доказательства, мы обретаем реальность, с которой можно работать: ощущать, воспринимать и пр. Это практическая деятельность в виде производства следственных, иных процессуальных действий. Когда мы берем содержательный аспект доказательства, то есть то, чем мы оперируем в уме и чем воздействуем на умы других людей, то мы говорим о сведениях, о фактах.

Из этого вытекает, что понятие «факт» уже понятия «доказательство». Смысл части 1 статьи 74 УПК РФ мы толкуем следующим образом: доказательствами являются сведения, полученные и представленные в виде источников, предусмотренных частью 2 статьи 74 УПК для установления предмета доказывания. Субъективизм доказательства проявляется в том, что оно может быть как обвинительным, так и оправдательным. Объективизм факта состоит в том, что принимается судьей (присяжным заседателем) за достоверное сведение, что позволяет использовать его в качестве основания для приговора.

¹ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и приложения. – С. 206.

Возможен только дуалистический подход к пониманию доказательств. В одном контексте под доказательством следует понимать источник сведений об обстоятельствах дела и само сведение, «упакованное» в источнике (вещь в себе), не ставшее фактом, то есть вещью для всех, в другом контексте под доказательством понимается средство убеждения, элемент в структуре знания, основание довода – факты, то есть объективные данные, являющиеся средствами доказывания доказываемых фактов – главного и иных фактов.

Судебное доказательство может быть определено как доказательство, принимаемое судами в подтверждение или опровержение фактов, существование которых ставится перед ними для установления. Под *фактами* здесь должен быть понят *res gestae* некоторого иска или другого дела, к которому предусмотренный закон должен быть применен¹. Существование этих обоих оснований иска и закона должно быть доказано как факты².

Доказательства – это полученные по делу факты, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие главного факта и иных имеющих значение для дела фактов³. С другой стороны, доказательства, с которыми в ходе уголовного судопроизводства работают стороны и суд, это источники сведений о фактах; это фактический материал; можно даже сказать информация в единстве с ее материальным носителем.

Мы вполне разделяем точку зрения С. Пашина на то, что уголовно-процессуальным доказательством являются процессуально оформленные сообщения, а также документы и предметы, которые правомерно использовать в судопроизводстве для установления фактов, учитываемых при вынесении процессуальных решений, в особенности приговоров⁴. Существующая спецификация

¹ *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 22.

² *Ibid.*

³ Далее мы покажем взаимосвязь доказательства-факта и основания уголовного иска.

⁴ См.: *Пашин С.А.* Доказательства в российском уголовном процессе. – М., 1999. – С. 10–12.

источников доказательств может быть сведена именно к этим трем источникам. Поэтому мы предлагаем сформулировать статью 74 УПК РФ в следующем виде:

«1. Доказательство – это факт, то есть достоверное сведение, которое имеет значение для установления какого-либо из подлежащих доказыванию факта.

2. Доказательства могут быть получены любым незапрещенным законом способом из показаний лиц, предметом и документов».

Итак, если мы берем аргументационный, мыслительный аспект, мы имеем в виду доказательства-факты, если речь идет о получении, исследовании сведений, которые могут быть использованы как факты в ходе доказывания, мы имеем в виду доказательства-источники.

Доказательства – это факты, то есть сведения, фактические данные, предположительно достоверные, которые используются в мыслительном процессе по установлению факта преступления или его отсутствия. Доказательства – это сведения, полученные сторонами или судом способом, не запрещенным законом, на основании которых *может быть* правильно установлено наличие или отсутствие спорных фактов. Сведения могут быть получены из предметов, документов и показаний лиц.

Судебное доказательство есть данное, к которому приплюсованы его предынтерпретация (как в УПК, так и в сознании субъектов доказывания) и постинтерпретация (в ходе судебного разбирательства), принимаемое судом в контексте судебного заседания за наиболее вероятный образ действительности. Доказательство есть факт, а факт есть сведение, которое допускается участниками доказывания в качестве малой посылки довода. Иными словами, доказательства-факты составляют «корневую систему» аргументации субъекта¹. Забегая вперед, можно привести слова А.С. Александрова о том, что факт – это первичный, базовый элемент рассуж-

¹ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 77.

дения, довода. Довод же используется для выведения из факта (фактов) нового суждения – вывода; это доведение (демонстрация) и есть собственно доказывание. Полное судебное доказательство или иначе – довод – это, таким образом, суждение стороны, основанное на судебном факте¹.

В отечественной науке доказательствам приписывают четыре свойства: относимость, допустимость, достоверность и достаточность². Мы вполне разделяем мнение П.И. Люблинского, который считал, что свойства относимости и допустимости, каждое со своей стороны ограничивают понятие судебного доказательства как средства доказывания, доказательственного факта (*quid probandum*). Благодаря правилам относимости и допустимости термин «судебное доказательство» в некоторых случаях уже, в некоторых – шире, чем термин «доказательство вообще». Таким образом, легальное понятие, созданное для практических целей доказывания, отличается от доказательства, применяемого в других областях³. Предварительное условие для принятия доказательства состоит в том, что должна быть открытая и видимая связь между основными и доказательственными фактами. «*Nemo tenetur divinare*»⁴, «*Probationes debent esse evidentes (id est), per-*

¹ См.: Александров А.С. К вопросу об определении понятия «довод» // Уголовное право. – 2003. – № 4. – С. 67–68.

² Мы не считаем возможным (по крайней мере, в рамках нашей работы) рассматривать достоверность и достаточность доказательств в одном ряду с относимостью и допустимостью. На наш взгляд, их изучение ничего не дает в плане понимания природы доказательства. Достаточность характеризует не столько само доказательство, сколько их совокупность (хотя, конечно, не каждое доказательство обладает свойством системности). Достоверность не может быть признаком источника доказательства, что же касается факта, то он «достоверен по определению». Проблема определения достоверности сведений, представляемых в качестве доказательств стороной, конечно, существует, но, на наш взгляд, она должна рассматриваться в плоскости сущностных свойств и не в свете истинности, а в свете вероятности.

³ См.: Люблинский П.И. Вступительная статья // Стифен Дж. Очерк доказательственного права. – С. LXI.

⁴ *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 25.

spicuae, et faciles intelligi»¹. «Действительно, – писал У. Бест, – эти положения – только следствие из великого принципа, который проходит через все наше право – «In jure non remota causa, sed proxima spectator»².

Мы разделяем мнение ведущих отечественных и зарубежных специалистов о важнейшем значении относимости для понимания природы доказательства и доказывания³. Закон не должен предусматривать никаких оговорок по поводу возможности недопущения доказательства, которое является относимым к рассматриваемому судом делу и не защищено от раскрытия некоторым принципом юридической политики⁴. Из всех правил о доказательствах самое универсальное и самое очевидное это то, что представленное доказательство должно быть надлежащим образом направлено и ограничено вопросами факта, которые являются спорными или которые формируют предмет исследования. Теоретическая суть этого правила никогда не может быть вопросом сомнения, независимо от того, что трудности могут возникнуть в его выражении. Суд создан, чтобы определить предмет – круг положений, которые или являются спорными для состязующихся сторон, или по иной при-

¹ Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 25.

² Ibid.

³ См.: Случевский В.К. О пределах власти уголовного суда при устранении обстоятельств к делу неотносящихся // Журнал гражданского и уголовного права. – 1880. – Кн. 1. – С. 26–51; Он же. О выработке в русском уголовном судопроизводстве, в делах, разбираемых с присяжными заседателями: правил о судебных доказательствах // Журнал гражданского и уголовного права. – 1882. – Кн. 9. – С. 39–48; Прения по реферату В.К. Случевского / Протоколы заседаний отделений Санкт-Петербургского юридического общества // Журнал гражданского и уголовного права. – 1880. – Кн. 2. – С. 106–110; Прения по реферату В.К. Случевского / Протоколы заседаний отделений Санкт-Петербургского юридического общества // Журнал гражданского и уголовного права. – 1880. – Кн. 5. – С. 1–32; Стефановский Д.Н. О пределах исследования в уголовном процессе. Очерк теории относимости доказательств; Люблинский П.И. Практический комментарий к УПК РСФСР. – С. 3.

⁴ См.: Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 112–113.

чине требуют доказательства; и любое, что не является ни непосредственно, ни косвенно относящимся к этим вопросам факта, должно сразу быть отклонено как не входящее в юрисдикцию суда, но также для предотвращения отвлечения его внимания и траты впустую его времени «*Frustra probatur quod probatum non relevat*»¹. По словам У. Беста, «доказательство может быть отклонено как не относящееся по одной или двум причинам: первая состоит в том, что связь между основными и доказательственными фактами является слишком отдаленной и предположительной. Вторая – в том, что оно исключено государством из пледирования (предварительного заявления оснований обвинения), или чего-то связанного с заявлением оснований обвинения (формирование обвинения); или признано излишним для представления стороной, против которой оно предлагается»².

Согласно статье 401 Федеральных правил доказывания США относимым считается доказательство, хоть как-то способное показать существование любого факта, который ведет к признанию действия более вероятным или менее вероятным, чем это было бы без данного доказательства.

Каждый факт имеет отношение ко всякому другому факту, если один из них тем или иным образом обуславливает вероятность появления другого факта – вот, если говорить кратко, в чем состоит суть относимости, по мнению англосаксонских юристов³.

В отечественной литературе распространено определение относимости как свойства, указывающего на наличие взаимосвязи доказательства с обстоятельствами, подлежащими доказыванию по делу⁴. Относимость доказательств – это их способность своим

¹ Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 228.

² Ibid.

³ См.: Stephen S.J. Fitzjames Digest of the law of Evidence, 12th edn. – London, 1948. – P. 91.

⁴ См.: Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств. – С. 104; Бризицкий А. Относимость и достоверность доказательств в уголовном судопроизводстве / А. Бризицкий, В. Зажицкий // Советская юстиция. – 1982. – № 3. – С. 6; Карнеева Л.М. Доказательства в советском уголовном процессе. – С. 46; Громов Н.А. Уголовный процесс России: Учебное пособие. – М., 1998. – С. 148.

содержанием служить средством установления обстоятельств, имеющих значение для дела¹.

Уголовно-процессуальное качество относимости доказательства имеет в себе как логическую основу, так и приложение в виде нормативных требований к тому, что должно быть доказано по делу. «Относящимися являются доказательства, устанавливающие или главные факты (факты, подлежащие решению), или тесно связанные с ними доказательственные факты (факты, относящиеся к решению). Степень связанности главных фактов с доказательственными, делающая последние фактами относящимися, определяется отчасти *естественными признаками* (так называемая причинная связь или функциональная связь), отчасти признаками легальными («факты, признаваемые за относящиеся»)»².

На наш взгляд, можно принять основные выводы, сделанные в недавнем диссертационном исследовании С.А. Фролова, посвященном относимости доказательств. Он указывает, что предмет доказывания – это определяемая согласно положениям УПК и УК совокупность подлежащих обязательному доказыванию по делу фактов (основных), а также иных существенных фактов, ставших предметом расследования и уголовно-правового спора. В предмет доказывания входят факты, доказанность наличия или отсутствия которых позволяет сторонам обосновать свои требования к суду, а суду решить основной вопрос уголовного дела. Если предмет доказывания составляет «главный вопрос дела», с ответом на который связано применение или неприменение уго-

¹ См.: Ульянова Л.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции. – М., 1959. – С. 20; Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание. – Ижевск, 1993. – С. 122; Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. – С. 40; Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. – 2-е изд., испр. и доп. – Екатеринбург, 1997. – С. 85–88; Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-разыскной деятельности. – С. 27; Костенко Р. Относимость уголовно-процессуальных доказательств // Уголовное право. – 2007. – № 6. – С. 93.

² Люблинский П.И. Вступительная статья / Стифен Дж. Очерк доказательственного права. – С. LX.

ловного закона в данном конкретном случае, то пределы доказывания – это факты, которые нужны объективно для того, чтобы прийти к выводу о наличии предмета доказывания или невозможности доказать таковой без разумных сомнений¹.

Важнейшим свойством доказательства является его *допустимость*. В современной литературе нет недостатка в исследованиях этого свойства доказательств, поскольку оправданно мнение о том, что им определяется процессуальная пригодность доказательства для установления обстоятельств, имеющих значение для разрешения дела, проявляющаяся через законность а) источника, б) способа получения, фиксации и использования доказательств, в) управомоченность субъекта на осуществление доказывания². Под допустимостью Е.А. Доля предлагает правовое требование, предъявляемое к форме доказательства, законности его источника и способа собирания (формирования)³. По мнению английских авторов, правила, регулирующие допустимость и последствия доказательств, являются двух видов – первичные и вторичные: первые касаются *quid probandum* или того, что подлежит доказыванию; а вторые касаются *modus probandi* или образа (средства) доказывания его⁴.

Очевиден искусственный, формальный характер правил, регулирующих допустимость доказательств, определяющих их юридическую силу. Как пишет Ю.А. Кожевникова, большинство оп-

¹ См.: Фролов С.А. Свойство относимости уголовно-процессуальных доказательств: проблемы теории и практики. – С. 111.

² См., например: Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н.В. Жогин. – М., 1973. – С. 428; Купнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. – М., 1995. – С. 27; Вопросы обеспечения допустимости доказательств в уголовном процессе (досудебные стадии). – М., 2001. – С. 4; Сутягин К.И. Основания и процессуальный порядок исключения недопустимых доказательств в ходе досудебного производства по уголовному делу. – М., 2008. – С. 31 и след.

³ См.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-разыскной деятельности. – С. 27.

⁴ См.: Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 227.

ределений допустимости сводится к перечислению признаков, характеризующих процессуальную форму доказательств¹.

Возникает вопрос, откуда потребность, в чем полезность подобных правил? Ведь из существа судебного спора с необходимостью вытекает только требование к относимости средств доказывания к его предмету. Уголовно-процессуальные доказательства, рассматриваемые как факты, не могут не считаться равными обычным фактам, тем, что используются людьми для установления истины во всех своих делах. Зачем же стеснять судей в средствах установления истины? На поверку, однако, оказывается, что система юридических правил, регулирующих судебные доказательства, не только очень благотворна и полезна, но и что абсолютная потребность в них проистекает из самой природы права и функций судов. Те же самые причины, которые порождают само государственное право страны, показывают наличие потребности в определенном авторитетном регулировании доказательств со стороны администрации².

На наш взгляд, допустимость главным образом определяется намерением законодателя гарантировать некие ценности, которые ставятся им даже выше истины³. Доказательства – это средства установления истины, но в равной степени доказательства – это служанки юриспруденции, правосудия, закона. Полагаем, что свойством допустимости вряд ли гарантируется достоверность. Мы не разделяем категоричности вывода о том, что природа судебного доказательства такова, что не только носитель доказательственной информации должен отвечать требованиям уголовно-процессуального закона, но и сама информация должна быть

¹ См.: Кожевникова Ю.А. Исключение недопустимых доказательств из разбираательства уголовного дела: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Воронеж, 2005. – С. 12.

² См.: Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 23.

³ Поэтому, как нам представляется, формирование института допустимости в нашем уголовно-процессуальном праве (УПК РСФСР 1961 г.) стало возможным во времена оттепели как гарантия против возобновления произвола репрессивного аппарата.

процессуально закреплена в порядке и способом, установленном законом, и соответственно допустимость напрямую связана с достоверностью¹. Скорее, все наоборот, институт допустимости отражает выбор законодателя не в пользу установления истины любой ценой, а стремлением сузить сферу ограничения конституционных прав граждан, уменьшить риск осуждения невинного. «Исключение доказательства на основании общего права, в определенных случаях, может приводить к искажению правды, и так происходит несправедливость; но этот вред с лихвой компенсируется стабильностью, которую общая работа правил вносит в определение прав людей, и чувством безопасности, порождаемым в их умах уверенностью тем, что они могут быть лишены своих прав только властью закона, а не по произволу суда»².

Правило 402 Федеральных правил доказывания США предусматривает, что за иными исключениями, предусмотренными Конституцией США, федеральными законами или другими Правилами, все относимые доказательства допустимы; но наоборот, неотносимое доказательство не может быть допущено. Правило 901 (а) предусматривает, что «требованию к удостоверению (установлению подлинности) или идентификации (индивидуализации), как предварительному условию для допустимости, будет отвечать доказательство, способное оказать содействие в установлении того, что составляет существо вопроса, разрешение которого требует лицо, представляющее данное доказательство».

В последних исследованиях, посвященных проблемам допустимости доказательств³, выделяются два момента деформации

¹ См., например: *Сибилева Н.В.* Допустимость доказательств в советском уголовном процессе: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Харьков, 1986. – С. 13–14.

² Цит. по: *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 24.

³ См., например: *Кожевникова Ю.А.* Исключение недопустимых доказательств из разбирательства уголовного дела. – С. 17, 19; *Мамедов О.Я.* Оценка допустимости доказательств на досудебном производстве по уголовным делам: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2007. – С. 10–11; *Сутягин К.И.* Основания и процессуальный порядок исключения недопустимых доказательств в ходе досудебного производства по уголовному делу. – С. 171–173.

правовой формы доказательства, во-первых, связанные с ограничением прав и законных интересов лиц, участвующих в деле, во-вторых, повлиявшие и способные повлиять на достоверность полученных сведений. Как правило, они берутся в диалектическом единстве.

Так, В.В. Терехин предлагает сформулировать недопустимые доказательства как такие доказательства, которые получены с нарушением УПК, вызвавшие сомнения в их достоверности и (или) ущемившие права и законные интересы участников судопроизводства¹.

Мы считаем единственно оправданным ограничением для получения и использования доказательств по делу только необходимость гарантирования основных конституционных прав и свобод. Что же касается «общих правил производства по делу», влияющих на допустимость доказательств, то здесь надо отметить угрозу формализации нашему доказательственному праву. Примеры этого можно взять из судебной практики последнего времени.

Современная судебная практика дает примеры казуистического, противоречивого толкования положений, касающихся общего порядка возбуждения уголовного дела, что порождает трудности для понимания критериев допустимости доказательств. Так, определением Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда № 5-О08-216 от 28 октября 2008 года по делу в отношении Бульбова А.А., Гевала Ю.Н., Гусева А.В., Донченко С.В. решено постановление Московского городского суда от 10 сентября 2008 года в отношении обвиняемых отменить, материалы о продлении срока содержания под стражей направить в тот же суд в ином составе суда. «Свое решение Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ мотивировала следующим образом. В соответствии со статьей 156 УПК РФ предварительное расследование начинается с момента возбуждения уголовного дела, о

¹ См.: Терехин В.В. Недопустимые доказательства в уголовном процессе России: теоретические и прикладные аспекты: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2006. – С. 10.

чем следователь, дознаватель, орган дознания выносит соответствующее постановление. Из поступивших на рассмотрение кассационной инстанции материалов о продлении срока содержания под стражей Бульбова А.А., Гевала Ю.Н., Гусева А.В., Донченко С.В. видно, что уголовное дело в отношении этих лиц не возбуждалось, поскольку постановление о возбуждении уголовного дела отсутствует. Их задержание, а затем и заключение под стражу проведены, как видно из материалов, в рамках возбужденного 15 июня 2007 года уголовного дела в отношении Яныкина М.В., соединенного 28 июня 2008 года с уголовным делом в отношении Горохова И.Ю. Согласно постановлению о привлечении Яныкина М.В. в качестве обвиняемого видно, что заказчиками незаконного прослушивания телефонных переговоров граждан были неустановленные лица. Бульбов А.А., Гевал Ю.Н., Гусев А.В., Донченко С.В. в постановлении не упоминаются. Из постановлений о привлечении в качестве обвиняемых Бульбова А.А., Донченко С.В., Гевала Ю.Н., Гусева А.В. видно, что они обвиняются в даче взяток за незаконное прослушивание телефонных переговоров Орлову Н.Б., постановления о возбуждении уголовного дела в отношении которого в представленных материалах также нет. Противоречия в важнейших процессуальных документах судом в постановлении не объяснены, им не дана соответствующая оценка. Между тем согласно правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, изложенной в определении от 18 июля 2006 года № 343-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Лазарянца Андрея Эммануиловича на нарушение его конституционных прав статьями 241 и 242 Уголовного кодекса Российской Федерации, частью первой статьи 46, статьями 57, 80, частью первой статьи 108, статьями 171, 172 и 195 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации», часть 1 статьи 46, часть 1 статьи 108, статьи 171 и 172 УПК Российской Федерации не предполагают возможность привлечения лица в качестве подозреваемого или обвиняемого и применения в отношении него меры пресечения в связи с подозрением (обвинением), уголовное дело

по поводу которого не было возбуждено. Кроме того, по смыслу части 3 статьи 7 УПК РФ проведение следственных и процессуальных действий без возбуждения уголовного дела в отношении конкретного лица ведет к признанию юридически ничтожными порождаемых этими действиями и решениями последствий, помимо последствий, оговоренных в законе специально (ч. 2 ст. 157 УПК РФ). С учетом этих обстоятельств суду при рассмотрении ходатайств следователя о продлении срока содержания под стражей следовало дать оценку заявлениям адвокатов и участвовавшего в деле прокурора об отсутствии постановлений о возбуждении уголовного дела как в отношении Бульбова А.А., так и других обвиняемых: Гевала Ю.Н., Гусева А.В. и Донченко С.В. Ссылка суда на то, что уголовное дело «возбуждено уполномоченным на то должностным лицом», не дает оснований для вывода о достаточно полном исследовании вопроса о законности заключения обвиняемых под стражу. По изложенным мотивам постановление суда подлежит отмене. При новом рассмотрении материалов суду следует проверить: решен или нет вопрос о возбуждении уголовного дела в отношении обвиняемых. Поскольку постановление отменяется, то все другие доводы о необоснованности продления срока содержания под стражей подлежат проверке при новом рассмотрении материалов».

Верховный Суд фактически согласился с доводами прокуратуры, что следственные действия в отношении Бульбова и других обвиняемых проводились незаконно, поскольку уголовное дело в отношении него не было возбуждено. Соответственно допустимых доказательств против него нет. Однако по результатам нового рассмотрения материалов о продлении сроков содержания под стражей указанных обвиняемых судья Московского городского суда В. Новиков вопреки позиции вышестоящей инстанции в своем постановлении о продлении срока содержания под стражей Бульбова и других отметил, что возбуждение уголовных дел в отношении каждого из обвиняемых не требовалось. Он подчеркнул, что обстоятельства и основания, которые имелись при избрании меры пресечения, не изменились и сохранилась необхо-

димось продления срока содержания под стражей. При этом им была принята во внимание информация из СКП о том, что уголовное дело в отношении Бульбова возбуждено три дня назад, предварительное следствие закончено и обвиняемые приступают к ознакомлению с материалами.

Если вспомнить, что в большинстве государств уголовно-процессуальное законодательство вообще не предусматривает такой процедуры, как возбуждение уголовного дела, то становится понятно, насколько заформализована нашим правом процедура получения доказательств. Уберите постановление о возбуждении уголовного дела, откажитесь от формального порядка возбуждения уголовного дела и целая система искусственных ограничений по получению доказательств упадет, и окажется, что без них можно доказывать.

Основной конструктивный порок современного российского уголовного процесса состоит, на наш взгляд, в том, что создан труднопреодолимый барьер по легализации данных, полученных сторонами в ходе досудебного производства, в качестве доказательств. Упор сделан на следственные, письменные гарантии получения фактов по делу. В то время как подлинной гарантией было бы удостоверение судом в качестве фактов доказательственных данных, представляемых ему сторонами.

Мы являемся сторонниками максимальной свободы доказательства, а именно: чтобы все доступные, относящиеся к делу доказательства принимались во внимание и чтобы судья в соответствии с доказательной ценностью их принимал для установления подлежащих доказыванию фактов.

Существование доказательственного права является одним из факторов, которые отличают юридический процесс от других форм исследований событий, которые имели место в прошлом. Все эти факторы определенным путем объясняют (хотя и не без необходимости) идиосинкратическую обработку доказательств юристами. Но гораздо более значим тот факт, что уголовный процесс проводится государственными органами, использующими исключительно формализованные правила о доказательствах,

результатом чего является то, что от суда отсекается значительная часть материала, который является в основном относимым и который любой здравомыслящий исследователь захотел бы принять во внимание при реконструкции фактов.

Следует прислушаться к мнению таких авторитетов, как Бентам, Тайер, Стифен¹ и других, о деформализации доказательственного права. Именно Бентам был бескомпромиссным в своем утилитаризме. Он подверг в своих работах сокрушительной критике правила, несправедливо ограничивающие способности субъекта, устанавливающего факты, достичь логического решения путем выведения рациональных выводов из наиболее полного сильного доказательства². Он, в частности, писал: «Если на основании правил судопроизводства судья оправдывает обвиняемого, которого он считает виновным; если он присуждает гражданина к потере такого права, которое, по его убеждению, закон желал сохранить ему; словом, если дело разрешается противно тому, как бы оно было разрешено по правде свободным от формальных стеснений судьей, — можно быть уверенным, что правила судопроизводства нехороши»³.

Тайер говорит о примитивных идеях, сохранных в некоторых из старых правил, что приводят к исключению большого количества доказательств, которые нужно было бы допустить, если бы только логическая относимость была взята как единственный тест допустимости. Фактически, правила доказывания, в которых закон был заинтересован на всем протяжении его истории, исключительно никогда не зависели от логической доктрины относимости. Они никогда не были исключительно правилами для ведения процесса рассуждения⁴. Скорее они принимают существование этих процессов. Но связаны они прежде всего с выбором материала, на который воздействуют эти процессы. «Когда некто

¹ Логическую доктрину относимости Стифен ставил в центр теории доказательств, а правила допустимости считал вторичными.

² См.: *Holdsworth S.W.S. A History of English Law.* — Boston, 1926. — P. 113.

³ *Bentham J. Rationale of Judicial Evidence.* — P. 13.

⁴ См.: *Thayer J.B. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law.* — P. 263.

предлагает доказательство, — пишет Тайер, — он предлагает иначе, чем в отношении того, что уже известно, доказать факт, который должен использоваться как основание вывода к другому факту. Он предлагает, возможно, представить чувствам суда видимый объект, который может снабдить основанием для вывода; или он дает свидетельство, устное или письменное, чтобы действительно доказать факт; в том числе путем прямых показаний, чтобы ему поверили или не поверили, смотря по тому, как мы доверяем свидетелю, но основание вывода (подразумеваемое). Предъявляя доказательство, мы снабжаем суд новым основанием для рассуждения. Это не значит, что нам необходимо путем рассуждения вывести это основание; этим просто говорится, что если без него данное рассуждение не состоится, или, по крайней мере, не возможно его сделать сейчас, то предъявляйте его. Новый элемент, таким образом добавленный, и есть то, что мы называем доказательством¹. В этом смысле термин «доказательство» является термином судебной процедуры и «передает что-то в суде»². Право о доказательствах этого вида касается способа производства доказательства, квалификации свидетелей, а главное — того класса доказательственного материала, который по той причине или другой исключается. Эта исключаящая функция — характерная черта в нашем доказательственном праве³.

Когда сэр Руперт Кросс в 1972 году заявил, что он работает ради наступления того дня, когда объект его научных изысканий (доказательственное право) исчезнет; он имел в виду уничтожение правил доказывания. Он так ставил вопрос: «Если мы придем к ликвидации исключительно юридических правил о доказательствах, если мы в результате уйдем от доказательственного права, что останется? Ответ, разумеется, будет тот, что останутся доказательства. Для всех, кто работает с доказательствами, кроме юристов, этот ответ кажется очевидным. Уберите закон, и тогда

¹ *Thayer J.B. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law.* — P. 263–264.

² *Ibid.* — P. 264.

³ *Ibid.*

останется то, что составляет учение о доказательствах в собственном смысле: относимость, выводы, обобщения, стандарты доказательства, вес, вероятность – все это темы, представляющие в высшей степени интерес для философии, но также важны и для практики. «Новая школа доказательств», которая выделяется среди подобных работ за последние лет тридцать, выступает, чтобы быть катализатором, с одной стороны, процесса восстановления отношений юристов с богатой интеллектуальной производственной базой их предмета, а с другой, обеспечения их полезными методами анализа, приготовления и выведения дел, включая способы работы с комплексом вовлеченной массы фактов»¹.

В нашей литературе высказывались мнения того же рода. Как отмечается учеными, правовая регламентация судебного доказательства не должна ставить искусственных ограничений при интенсивном информационно-технологическом развитии². А.С. Александров пишет: «Но в настоящее время мы наблюдаем издержки формализма, усиление догматизма в доказательственном праве, что не может не вызвать беспокойства. Этот новый формализм (мы бы назвали его «дурным») прежде всего проявляется в толковании критерия допустимости доказательств»³.

Действительно, при прочтении судебных речей известных юристов XIX века обращает на себя внимание то, что практически никогда не оспаривалась законность получения доказательств на предварительном расследовании. В оценке доказательств в суде стороны делали упор на логику доказывания, психологию преступника, анализ неблагоприятной социальной среды и пр. Стороны, уважая друг друга, не ставили под сомнение честность судебного следователя и полиции, которые устанавли-

¹ Цит. по: *Murphy P.* An Introductory Essay. – P. 18.

² См., например: *Агутин А.В.* Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании. – С. 149–157; *Бабаков В.А.* О системе средств доказывания в гражданском процессе // *Права человека: пути их реализации: Материалы Международной научно-практической конференции.* – Саратов, 1999. – С. 54; *Сахнова Т.В.* Судебная экспертиза. – М., 1999. – С. 212 и далее.

³ *Александров А.С.* «Похвала» теории формальных доказательств. – С. 47.

вали факты¹. В суде происходила борьба по существу полученных и представленных суду фактов; происходило исследование доказательств с их содержательной стороны, имела место аргументация, в том числе риторическая; вопросы о допустимости доказательств поднимались крайне редко. В настоящее же время основной стратегией защиты является критика *процедуры получения стороной обвинения* доказательственных фактов, а именно: порождение сомнений у судьи в допустимости доказательств – протоколов следственных действий – ввиду допущенных органами предварительного расследования нарушений уголовно-процессуального закона².

В связи с этим мы полностью поддерживаем выводы, сделанные в диссертационной работе О.В. Головановой. Разрешение проблемы, связанной с легализацией самостоятельного собирания адвокатом доказательств, видится не в придании следственной формы адвокатскому расследованию, не в наделении адвоката властными полномочиями на производство следственных действий, а тем более принудительных мер, не в бюрократизации и документализации его познавательной деятельности, а в расширении рамок допустимости для данных, полученных адвокатом, деформализации понятия доказательства, введении понятия «предварительное доказательство» и «судебное доказательство».

Данные, полученные обеими сторонами на досудебном производстве, в равной степени должны признаваться только предварительным фактическим материалом, а судебными доказательствами они могут стать только при представлении их суду главным образом из первоисточника. В связи с этим следует предусмотреть в законе механизм выдачи судом по ходатайству адвоката

¹ См., например: *Кони А.Ф.* Избранные произведения. – Т. 1. – С. 91, 92.

² По данным А.С. Александрова, указанной стратегии отдают предпочтение 85% опрошенных; на втором месте идет идеологическая деконструкция, далее – деконструкция репутации (свидетелей обвинения, потерпевших, должностных лиц правоохранительных органов) и, наконец, риторическая.

См.: *Александров А.С.* «Похвала» теории формальных доказательств. – С. 46.

повесток с официальным вызовом лица в качестве свидетеля для дачи показаний в судебной процедуре, связанной или с рассмотрением дела по существу, или отдельного его вопроса (при реализации судебного контроля)¹.

«Любые сведения», которые, в нашем понимании, могут быть допущены судом в качестве доказательств каждой из сторон, это сведения, полученные незапрещенным законом способом. Как говорил Тайер, «если это не исключено по некоторому правилу или принципу закона, то все, что логически доказательно, допустимо»².

Скажем несколько слов о проблеме вероятности (которая является сквозной для нашего исследования) в свете понятия доказательства. Признание того, что реконструкция спорных прошлых событий в судебных процессах должна быть достигнута через отношение к predetermined стандартам вероятности и неабсолютной уверенности, сделало понятие вероятности частью обращения (пользовательской ценности) судебного доказательства. Известно, что были интенсивные дебаты на предмет того, является ли доказательство в зале суда совершенно математическим, или по сути нематематическим. Проверка показала несостоятельность попыток ввести элементы математики в объяснение закономерности доказывания³. В общем смысле вероятность связана с определенной степенью веры в правильность суждения, подвергаемого сомнению, которая зависит от доказательства, представленного или чтобы поддерживать, или опровергать данное это суждение; а в более определенном (специальном) смысле вероятность касается измерения тенденции к повторяемости с устойчивой частотой определенного явления⁴.

Исходя из понятия вероятности Ашинстейн предлагает следующее общее (то есть не только юридическое) определение до-

¹ См.: Голованова О.В. Адвокатское познание по уголовному делу: Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2008. – С. 83.

² Thayer J.B. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law. – P. 265.

³ См.: Murphy P. An Introductory Essay. – P. 10–11.

⁴ Ibid.

казательства: Е является потенциальным доказательством гипотезы Н, только если (1) Е является истинным; (2) Е не делает Н необходимым; (3) вероятность Н по Е является существенной; и (4) вероятность связи между Н и Е является существенной¹. То, что подразумевается под этим определением, применительно к пути, по которому проводится доказывание в зале суда, полагаю, является совершенно очевидным².

Характеристика Ашинштейна ценна, потому что она суммирует несколько пунктов о доказательстве.

Во-первых, у нас часто будет неуверенность в том, верно ли доказательство Е, и мы должны быть в состоянии представить природу этой неуверенности. Частично это повлечет необходимость более точно определиться с тем, каким доказательством мы думаем, что располагаем.

Во-вторых, если доказательство Е не влечет за собой (или делает необходимым) гипотезу Н, это просто означает, что Е является неокончательным. Предположения 3 и 4 поднимают проблемы относительно *уместности* и *силы* Е для Н и природы аргумента или цепи рассуждения, которое связывает Е и Н.

Дэвид Скум вывел важное различие между установленным фактом того, что обстоятельство, имеющее доказательственное значение для того, чтобы Н случилось (Е), и предложением доказательства того, что данное обстоятельство случилось (Е*). Он утверждал, что показание свидетеля W о том, что обстоятельство Е случилось, не является на самом деле доказательством того, что Е случилось, но является доказательством того, что свидетель W верит в то, что Е случилось. На этой основе вывод о том, может или нет Е* быть взято как Е, может быть разложен на серию предварительных выводов, которые должны быть исследованы при оценивании Е*. Например, объективная вероятность веры W и доверие к нему³.

¹ См.: *Achinstein P.* The Nature of Explanation. – Oxford, 1983. – P. 326.

² *Ibid.* – P. 322–336.

³ См.: *Schum D.A.* The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning. – P. 39.

Взятый в свое логическом заключении анализ Скума отрицает традиционное юридическое различие между прямыми и косвенными доказательствами, потому что даже показание, в котором W прямо утверждается, что E имело место, требует критической оценки данного показания и выведения выводов по этому поводу субъектом доказывания. Анализ Скума подтверждает определение Ашинстейна: E* представляется для подтверждения H, но это только потенциальное доказательство H, если (в числе прочего) оно является достоверным.

Итак, в своем простейшем смысле доказательство должно быть определено как любой (относимый) факт, который определенным образом помогает в выведении заключений, как благоприятных, так и неблагоприятных по отношению к некоторым гипотезам, чье доказывание или опровержение проводится¹.

Мы полагаем, что в использовании доказательств многое построено на фактических презумпциях (прежде всего, речь идет о свидетельских показаниях). Любой человек связывает со словом «доказательство» прежде всего нечто такое, что позволяет ему рассуждать рационально, основательно и надеяться на получение верного, полезного знания. Мы говорим, что в уголовном процессе существует презумпция, что и доказательства обвинения, и доказательства защиты, тем более если они имеют законную форму, – факты. Но это опровержимая презумпция. Чтобы унять преждевременную веру в надежность средства познания истины, мы как бы условливаемся до вынесения решения по делу говорить о доказательствах в их внешнем проявлении – это показания свидетеля, вещественное доказательство, документ, то есть еще не факт-3, а «любой факт» (факт-2).

Доказательственное право является отличным от логических процессов рассуждения; но оно основано на них и исходит из существования этих процессов. Голд пишет, что из этого бывает три последствия.

¹ Дальнейшие рассуждения о структуре доказательства, рассматриваемого уже как аргумент, находятся в следующем параграфе.

Во-первых, правила закона о доказательствах часто принимают отрицательную форму исключений к этим принятым процессам рассуждения и выводят, что тот или иной факт, у которого на общих принципах рассуждения есть очевидная ценность, не должен быть допустим в суде.

Во-вторых, большое количество дел улаживаются посредством этих принципов рассуждения без потребности в определенных правовых нормах. Так, с самого раннего периода суд констатировал наличие определенных очевидных фактов и действовал на основании того, что является очевидным для разума. Только когда закон о доказательстве начинает разрабатываться, потребность в различении случаев, в которых он может таким образом действовать, и случаев, в которых он это не может, возникает; и впоследствии свод правил относительно того, какие факты суд может в судебном порядке удостоверить и какие не может, появляется. Точно так же с самого раннего периода было очевидно, что существование определенных фактов создает презумпцию (предположение) относительно существования других фактов. Но это опять же является вопросом, который зависит от принципов рассуждения, а не от определенных правил о доказательстве. Только на более поздней стадии развития закона функция предположений относительно бремени доказывания была проанализирована и сведена к регулированию.

В-третьих эти презумпции дали начало большому своду правил, которые из-за формы, в которой они выражены, как предполагалось, были частью закона о доказательствах. Это должно быть частично обусловлено естественным разнобоем между принципами рассуждения и правилами доказательства, а частично тем фактом, что эти презумпции часто выражаются в форме *prima facie*¹ правила (презумпции права) – «эта доказательственная форма утверждения часто приводит к мнению, что

¹ Переводится как «прежде всего, с первого взгляда, первоначально, судя по имеющимся данным; в порядке опровержимой презумпции; поскольку не будет опровергнуто надлежащими доказательствами, при отсутствии доказательств в пользу противного».

существо суждения доказательственно; и затем к дальнейшему понятию, что поскольку оно доказательственно (очевидно), то оно принадлежит закону о доказательстве»¹. Факт – то, что многие из этих презумпций – часть материального права². Но здесь, как и в других случаях, материальное право было развито через процессуальное право; и в этих случаях через часть процессуального права, которое, будучи заинтересованным в манере доказательства, естественно соединяется само с доказательственным правом.

Мы должны констатировать то, что при анализе понятия неизбежно имеет место умножение смысловых вариантов термина «доказательство». Если раскладывать по вертикали, то мы выявляем следующие модификации «доказательства»:

- 1) информация, эмпирические данные; след;
- 2) факт-2;
- 3) факт-3.

Можно в других терминах: досудебные доказательства, то есть любые фактические данные, полученные сторонами до представления их суду и судебному исследованию (включая данные адвокатского расследования и данные, полученные в результате оперативно-разыскной деятельности), и судебные доказательства, то есть доказательства, которые используются в суде для установления фактов по делу. Если раскладывать понятие «доказательство» по горизонтали, то мы можем выявить в нем «факты» (которыми доказывают доказываемые факты) и «источники сведений, информации».

И последнее, на наш взгляд, в законодательном определении такого глобального понятия, как «доказательства», необходимы широта формулировок, конструктивная двусмысленность, минимализм юридической техники, которые дают возможность вознаграждающей интерпретации гибко приспособлять закон к контексту.

¹ Thayer J.B. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law. – P. 315.

² См. об этом в параграфе «Доказывание».

§ 3. Доводы

Под сюжетом я разумею тему, в которой снуются разные положения-мотивы.

А.Н. Веселовский

Настоящий параграф будет посвящен своего рода «terra incognita» для современной уголовно-процессуальной науки – понятию «довод» или «аргумент». Вполне разделяем вывод В.А. Новицкого о том, что значение понятия «довод» юридической наукой недооценено. Не определено место доводов в современном доказательственном праве России. Между тем четкое определение процессуального статуса довода (аргумента) могло бы ощутимо повлиять на упорядочение всего доказательственного права России. Не содержит точного ответа на вопрос о том, что такое довод, и теория доказывания. Понимание доводов субъектов доказывания в юридических науках как бы подразумевается, что приводит к существенным упущениям в понимании «юридического доказывания» в целом. Прения сторон не признаются доказательствами как таковыми российским законодателем. Их доказательственное значение вообще не определено¹.

Непримиримой к понятию «факты-аргументы» можно квалифицировать позицию представителей следственно-информационной трактовки доказательств. Так, В.С. Балакшин пишет, что «аргументы – это не доказательства в уголовно-процессуальном смысле, а логические приемы, логические способы выведения знаний из других знаний, без которых невозможен процесс доказывания. Однако в основу знаний об обстоятельствах общественно опасного деяния в любом случае должны быть положены фак-

¹ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 185–186, 227–228.

тические данные, полученные в установленном законом порядке и закрепленные с помощью языковых знаков-символов и других средств фиксации в соответствующих источниках»¹.

Вот и практика суда с участием присяжных заседателей показывает, что председательствующий в напутственном слове предостерегает присяжных от того, чтобы принимать решение на основании аргументов сторон, а основываться исключительно на исследованных в судебном заседании доказательствах. По поводу разъяснения понятия «довод» присяжным заседателям интересные данные отмечает С.П. Гришин. В частности, он приводит следующее выражение: «Но не все, что вы здесь увидели и услышали, является доказательствами. Не являются доказательствами аргументы и заявления сторон. Речи сторон в прениях позволяют систематизировать доказательства, но сами по себе не являются доказательствами»². Комментируя это положение, С.П. Гришин подчеркивает, что в УПК под доказательствами надо понимать факты, неискусственные доказательства, а под аргументами, иначе доводами, понимаются технические доводы, то есть соображения юристов, которые выводятся из своей речи, интерпретации ими фактов, но не логические умозаключения из фактических данных, представленных и нашедших подтверждение в суде³.

В наставлениях присяжным, которые даются в американских судах, разъясняется: «Как я говорил Вам ранее, Ваша обязанность состоит в том, чтобы устанавливать факты. Делая это, Вы должны рассматривать только доказательства, представленные в ходе судебного разбирательства, в том числе данные под присягой показания свидетелей и предметы, которые Вам предъявля-

¹ Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 32–33.

² Гришин С.П. Напутственное слово председательствующего к присяжным заседателям – новый источник права // Уголовное право. – 2005. – № 4. – С. 65–67.

³ См.: Гришин С.П. Напутственное слово председательствующего к присяжным заседателям – новый источник права. – С. 66; *Он же*. Судебное следствие в смешанном уголовном процессе (гносеологический, процессуальный и тактико-криминалистический аспекты). – М., 2008. – С. 112–117.

лись. Помните, что любые утверждения, возражения или аргументы, сделанные юристами, – не доказательства. Функция юристов состоит в том, чтобы отметить те вещи, которые наиболее значимы или наиболее полезны для их стороны в деле, и они так делают, чтобы привлечь Ваше внимание к определенным фактам или логическим выводам, это может увлечь Вас. При окончательном анализе, тем не менее, Вы должны полагаться только на собственное воспоминание и интерпретацию доказательств, которые проверялись в данном деле. То, что юристы говорят, не обязательное для Вас»¹.

Полагаем, что судьи предостерегают присяжных от опасности быть увлеченными односторонней интерпретацией фактов сторонами и оценками, с которыми аргументаторы предлагают им согласиться. Доза скептицизма, несомненно, необходима для взвешенного анализа доказательственного материала. Но несомненно и то, что сама необходимость специального наставления присяжным по данному пункту свидетельствует о существовании феномена влияния доводов. Это тем более так, если иметь в виду, что аргументативны не только речи в прениях, а сами следственные и процессуальные действия сторон. Наиболее убедителен скрытый довод, то есть связь, устанавливающаяся между аргументатором и судьей во время исследования доказательств. Ввиду этого нам кажется правильной позиция, которая состоит в том, что доводы выступают не только как доказательства, как средства доказывания, но и как «оболочка доказательств», придают им «процессуальную жизнь», поэтому ими пропитано все доказывание субъекта. Именно доводы субъектов доказывания имеют большую возможность влияния на правоприменителя, чем доказательства².

Некоторые доводы воспринимаются присяжными как убедительные и влияют на принятие ими решения, а другие остаются

¹ «Court's instructions to the jury at the conclusion of trial» // www.usdoj.gov/atr/cases/f0300/0365.htm

² Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 227.

пустыми словами. Очевидно, есть нечто, помимо доказательств, что влияет на позицию присяжных. Важно понять, что. Важно понять отличие довода (аргумента) от доказательства, ведь, на наш взгляд, состязательный процесс накладывает отпечаток именно на первую категорию – довод. Мы говорим о доводе как форме использования «состязательного доказательства» – «litigious evidence» (по словам Вигмора)¹.

Как уже отмечалось, некоторые юристы отождествляют понятие доказательства с понятием довода². Наверное, это не совсем верно. Несмотря на тесную связь доказательства, факта и довода их нельзя отождествлять. Так, М.А. Гурвич отграничивал «доказывание» от «доводов», то есть соображений, которыми аргументируется отношение (или его отсутствие) тех или иных фактов к рассматриваемому делу и юридическое (правообразующее или правоотрицающее) значение этих фактов³. В то же время несомненно глубокая связь между ними. Поэтому необходимо внимательно проанализировать понятие довода в контексте уголовно-процессуального доказывания и в связи с родственными ему понятиями.

Из обычного употребления слова «довод» мы знаем, что «довод – это мысль, приводимая в доказательство чего-нибудь»⁴. Довести до сведения, уведомить кого-либо о чем-либо. Всякое доказывание позиции субъекта имеет свой тезис, основание и доказательства (аргументы). Тезисом называется положение, при котором категории *истинность* и *ложность* выясняются посредством доказательств, то есть доказыванием. Причем доказательство, посредством которого выясняется ложность тезиса, называется опровержением. Все положения, на которые субъекты ссылаются как на доказательства и из которых следу-

¹ Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof. – P. 16.

² См., например: Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. – С. 117.

³ См.: Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. – М., 1950. – С. 99.

⁴ Ожегов С.И. Словарь русского языка. – С. 146.

ет истинность доказываемого тезиса, называют основаниями или аргументами¹.

По мнению В.А. Новицкого, статус аргументации полностью зависит от правового статуса личности, ее излагающей. С помощью аргументов поясняется значение и доказательств, и доказываемых фактов. Аргументация субъекта доказывания – основа, на которой зиждется все доказывание². По его заключению, отдельные доводы (аргументы) играют роль доказательств, другие – нет³.

Полностью с этим нельзя согласиться, но наличие сильно развитого субъективного начала в доводе несомненно. Несомненно и то, что довод доводу рознь. С античных времен имеется деление аргументов на аргументы *ad rem* (к существу дела) и аргументы *ad hominem* (к человеку), поскольку в делах судебных люди действуют не только по велению рассудка, но и «голоса сердца»⁴.

Предельно упрощая суть проблемы, можно заметить, что *довод – это и есть средство доказывания; довод – это выведение из факта*, доказательственного факта, *вывода*. Источник сведений о доказательственном факте исследуется, проверяется сторонами и в результате получается факт-2. Выведение из факта-2 вывода о доказываемом факте (правильность тезиса), которое делает сторона, и есть довод. Довод – это предлагаемое стороной основание для судебного решения, значит, это *предпосылка* для судебного решения. Проведем теперь анализ имеющегося у нас материала, касающегося понятия «довод».

Как уже отмечалось, Аристотель выделял два рода доказательств: *искусственные доказательства*, то есть те аргументы, которые оратор выводил из своей речи, и *неискусственные* – те которые стояли вне его речи⁵. Нетехнические доказательства привходят извне, как, например, свидетельские показания, и достаточно про-

¹ Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 133.

² См. там же.

³ См. там же.

⁴ См.: Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. – С. 196.

⁵ См.: Аристотель. Риторика. Поэтика. – С. 9.

сто уметь их «использовать». «Технические доказательства» оратор добывает при помощи диалектического метода¹. Эти доказательства подразделяются на три вида: их следует искать или в характере оратора, либо в расположении, в которое приведен слушатель, либо, наконец, в самом логосе, доказывает ли он на самом деле, или только создает видимость доказательства². Доказательства искусственные, по мнению М.Ф. Квинтилиана, суть трех видов: признаки, доводы, примеры³. Главная их отличительная черта то, что они прибегают к общим местам. В то же время он негативно оценивает такие искусственные доказательства, которые совершенно основываются на искусстве и состоят в уверенности и убеждении слушателей, пренебрегая доказательствами, сравнивая их с пением сирен⁴. Квинтилиан говорил: «Подобные общие места, которые в речь входят, служат только пособием и украшением доводов, и как бы тело покрывают сии жилы (то есть доказательства. — А.К.), коими судное дело связывается»⁵. «Я не спорю, чтобы не надобно бы стараться угождать слушателям; но надлежит более возбуждать страсти. Однако в том и другом скорее успеем, когда совершенно убедим судью в истине: а сего достигнуть без доводов и других утвердительных пособий не можно»⁶.

Согласно Квинтилиану, «довод есть способ доказать одно через другое, и сомнительное утверждать через несомнительное: то и нужно, чтобы в каждом деле были такие обстоятельства, которые не требовали бы подтверждения, ибо нечем было бы доказывать или подтверждать, если бы не имелось сказать ничего вер-

¹ См.: Аристотель. Риторика. Поэтика. — С. 10.

² См. там же.

Аналогичную классификацию аргументов мы можем встретить и у других античных риториков.

См., например: Цицерон М.Т. Об ораторе // Три трактата об ораторском искусстве. — М., 1972. — С. 152.

³ См.: Квинтилиан М.Ф. Двенадцать книг риторических наставлений. — Т. 1. — Кн. 5. — С. 337.

⁴ См. там же.

⁵ Там же.

⁶ Там же. — С. 338.

ного, или таковым кажущегося, дабы сомнительное сделать вероятным. За известное же и верное принимаем, во-первых, то, что подлежит чувствам, то есть что видим, что слышим (каковы суть признаки). Потом общим мнением признано. Потом, что общим мнением признано... Кроме того, что предписано законами, что принято в обыкновение... людьми»¹.

Из слов основателей науки об убеждении вытекает, что доводы имеют сложную структуру, в них входят доказательство нетехническое и общее место и именно ими в условиях состязательности убеждают судью в истине: «Всякое искусственное убеждение состоит или из признаков (признаком называется то, что подлежит которому ни есть из наших чувств и собою что-то доказывает), или из доводов, или из примеров»². Доводы предназначены для убеждения судьи и признания правоты оратора.

Для сравнения, в русском уголовно-процессуальном языке термин «довод» имел свой специальный «разыскной» смысл: «довести» означало доставить в орган следствия, привлечь к розыску; он был связан и с использованием такого розыскного средства, как повальный обыск. Различались показания обыскных людей с «доводом» и «без довода». Показать что-либо с доводом означало сказать, что такой-то человек ограбил тогда-то и такого-то человека, похищенное отнес в такое-то место. Но и при показании с доводом вовсе не требовалось, чтобы обыскной человек говорил только о том, что он воспринял своими чувствами; достаточно было, если он убежден в том, что говорит. Показать «без довода» значит вообще сказать, что такой-то человек – ведомый разбойник и не только теперь, и «допреже сего скрадывал». Показание с доводом уже нельзя считать послушеством, то есть свидетельствованием, в его исконном значении средства состязательной борьбы сторон³.

¹ *Квинтиллиан М.Ф.* Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 1. – Кн. 5. – С. 344.

² Там же. – С. 341.

³ См.: *Сергеевич В.* Лекции и Исследования по древней истории русского права. – С. 619, 620.

Иными словами, в состязательном судопроизводстве доводами оперируют равноправные стороны перед судом, имея намерением убедить его в своей правоте; в розыске обвиняемого доводят *до правды* по делу следственным обыском. Очевидно, и в современном предварительном расследовании можно с определенной степенью условности говорить об аргументации следователем постановления о привлечении в качестве обвиняемого или обвинительного заключения. Однако в классическом понимании аргументация немыслима вне состязательного контекста, конкуренции доводов сторон, выбора арбитром по своему внутреннему убеждению в пользу одной из сравниваемых, альтернативных позиций.

Чтобы ничего не оставить из средств, способных к выяснению определения «довод», попробуем найти указание на смысл этого термина в законе и в судебной практике. Из употребления термина «довод» в УПК РФ можно обнаружить, что используется этот термин во многих значениях. В части 2 статьи 14 УПК говорится об «опровержении доводов». В части 4 статьи 235 УПК употребляется выражение «бремя опровержения доводов». Очевидно, что в указанных случаях слово «довод» употребляется как синоним «доказательства». На эту мысль наводит сопоставление смысла выражений «бремя доказывания» (ч. 2 ст. 14 УПК) и «бремя опровержения доводов». Доводы опровергаются контрдоводами и доказательствами. Однако из смысла других предложений, где употребляется слово «довод», такой вывод не вытекает. В части 5 статьи 321 УПК говорится о «доводах заявления», которые *излагаются* в том же порядке после *изложения доводов* основного заявления». Очевидно, что довод нельзя отождествлять с «доказательством», понимаемым, скажем, в смысле статьи 74 УПК, поскольку здесь подразумеваются сведения об обстоятельствах, взятых в их источниках (то есть это, по терминологии древних риториков, «нетехнические доказательства»). Довод же – это нечто такое, что *излагается* стороной в письменном или устном тексте. На это же указывает и смысл предложения, содержащегося в пункте 4 части 1 статьи 363 УПК. В нем употребляется выражение «доводы лица, подавшего жалобу». В другом месте текста

УПК мы встречаем такое предложение: «Суд заслушивает выступления стороны... в обоснование своих доводов» (ч. 3 ст. 377 УПК). С таким же по смыслу предложением мы встречаемся в пункте 3 части 2 статьи 404 УПК, где говорится о «копиях иных процессуальных документов, подтверждающих, по мнению заявителя, доводы, изложенные в надзорной жалобе (представлении)». Понятно, что «доказательства» (в классическом уголовно-процессуальном значении термина «доказательство») не имеет смысла подтверждать или опровергать – ни «иными процессуальными документами», ни «дополнительными материалами», ни чем-либо еще. Точнее сказать, такое выражение было бы бессмысленным с точки зрения «нормального» для уголовно-процессуального языка словоупотребления. Значит, законодатель подразумевает под доводом *то, что доказывают*, то в чем стороне надлежит убедить суд. В разъяснениях Пленума Верховного Суда РФ также встречается термин «аргумент»: иногда его смысл отождествляется с «правовым основанием»¹, но чаще он используется в выражениях «доводы жалобы» или какого-нибудь другого документа².

Довод – это то, на что направлено доказывание в суде: посредством представления материалов дела. Вместе с тем, как мы отмечали, довод – это и средство доказывания. «Довод» неразрывно связан с речью: он *высказывается*. Доказательство же само по себе (сведение) не «высказывается», оно может *содержаться* в высказывании. Таким образом, довод не берется из высказывания как из упаковки, он есть *высказывание и его смысл*, существующие как неразрывное целое в связи с позицией аргументатора.

¹ См. пункт 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 декабря 2008 года № 28 «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в судах апелляционной и кассационной инстанций» // Российская газета. – 2009. – № 2 (4826). – 14 января.

² См., например, пункт 16 постановления Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 года № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. – 2009. – № 27 (4851). – 18 февраля.

Как пишет В.А. Новицкий, «статус аргументов, выводы субъектов доказывания не всегда равны доказательству в силу заключенного в нем интереса, отображающего позицию субъекта доказывания. Именно этот фактор не позволяет законодателю придать всем аргументам статус доказательства. Со стороны правоприменителя замечен особый процессуальный интерес к такому роду «доказательств» по делу. Доказательство доказательств – довод субъекта доказывания в современном процессуальном праве. Другим свойством довода выступает его способность изменяться в зависимости от воли и интереса субъекта доказывания, а «органические» доказательства стабильны и статичны в своем информационном значении. Как представляется, доказательственное значение аргументов недоказательств по доказательственному значению не ниже доказательств»¹.

Уже можно, на наш взгляд, сказать, что доводом является «продолжение» доказательства в позиции стороны или, наоборот, позиция стороны находит выражение, продолжение в доводе. Если довод включает в себя доказательство в смысле части 1 статьи 74 УПК², то его нельзя считать искусственным, он имеет основанием материалы дела, а не другие источники. Хотя есть и чисто *технические доводы*, которые опираются не на факты, а на какие-то другие авторитетные источники, то есть апеллируют не к материалам дела, а к презумпции (скажем презумпции невиновности) или другим искусственным правилам, которые в свою очередь отсылают к общим ценностям: справедливости, добру и т. п.³ Есть и, на наш взгляд, квазидоводы, то есть смысловые и речевые конструкции, по форме напоминающие довод, но имеющие целью не информировать и достигать истины, а, напротив,

¹ Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 248.

² См. об этом: Александров А.С. К вопросу об определении понятия «довод». – С. 67–68.

³ Широко известен довод В.Д. Спасовича в пользу подсудимого священника, с которым он обратился к присяжным заседателям: «Он столько лет отпускал вам ваши грехи, отпустите и вы ему его грех».

затруднять понимание, исказить истину. Так, М.Ф. Квинтилиан отмечает: «Бывают обстоятельства, на которые нельзя найти достаточных доводов, в таком случае надлежит лучше прибегать к скрытым пособиям и употреблять фигуры с неприметным искусством... иначе открыто сказанное или встречает возражения, или требует доказательств»¹.

К слову заметим, что традиционно именно с аргументацией, проводимой адвокатом, законодатель и общественное мнение склонно связывать тягу к искусственным, техническим аргументам. Защитник может прибегать ко всем средствам и способам, которые не запрещены законом, для защиты своего доверителя, включая средства эристики, возбуждение эмоций. По словам Л.Е. Владимирова, «защитник всегда и везде вызывает к сердцу против лживых аксиом рассудка... насколько дозволительно техническими возражениями заглушать голос юридической справедливости... Подавление юридической правды техническими аргументами – неизбежно в адвокатской профессии»². Философ К. Ясперс утверждал: «Адвокатскому способу мыслить свойственно предопределение цели, «истины». Поиск исключается. Аргументация предназначена для отражения любых нападков на нечто заранее установленное, она должна спасти его в любом случае, то есть утвердить догматически установленный результат в безграничной подвижности обоснований»³.

Сторона защиты вправе не упоминать факты, которые ей не выгодны, и, наоборот, подчеркивать выгодные для себя факты. Кроме того, в суде ей можно применять такие приемы эристики, как, например, смену общих мест и смену тем. Оратор произвольно из юридической плоскости иногда переводит речь в план моральных, а не правовых категорий и строгих фактов. Тем самым он переводит аргументацию в ту плоскость, которая выгодна ему. Существуют много других приемов, которые при-

¹ Квинтилиан М.Ф. Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 2. – С. 146.

² Владимирова Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. – С. 42.

³ Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 208.

знаются «нечестными» в диалектике, но по структуре они мало отличаются от допустимых приемов интеллектуальной организации фактов, направленного их представления, классифицирования, актуализации, что и составляет искусство построения доводов.

Можно ли утверждать, что подобный арсенал средств убеждения используется только стороной защиты? Наверное, нет. Хотя прокурор ассоциируется с живым напоминанием закона, но как сторона в деле, встречаясь с приемами игры на публику, демагогией, он иногда не может не ответить тем же.

Н.В. Чекмачева пишет: «У прокурора наряду с логической схемой выступления в суде кассационной инстанции должна быть и «боевая схема» речи. Другими словами, доказывание фактами дополняется риторическими средствами убеждающего воздействия на судей. Они применяются в ситуациях, где есть спор, состязательность, стремление повлиять на убеждения присутствующих. Цель применения этих средств (приемов) – достижение победы в споре»¹.

Итак, мы можем указать на первое существенное отличие доказательства от довода. В доводе происходит аффектация интереса субъекта доказывания (его позиции), вольно или невольно аргументатор через довод делает свой выбор в пользу определенной интерпретации фактических данных; он делает акцент в интерпретации данных, полученных из источников доказательств, на тех моментах, которые прежде всего идут на защиту его тезиса. Иными словами, *выведение довода всегда связано с отбором доказательственного материала, выбором только того, что подтверждает доказываемый тезис. Довод – всегда связан со стратегией доказывания, он является выражением позиции стороны в деле.*

Как отмечается в литературе, составляющей в одном из элементов содержания процессуального доказывания выступает пра-

¹ Чекмачева Н.В. Убеждение и убедительность выступления прокурора в суде // Законность. – 2007. – № 9. – С. 35.

вовая позиция субъекта доказывания по конкретному делу. Именно на нее ориентируется суд, устанавливая юридический факт. Если быть более точным, то на состязание позиций субъектов доказывания. Критерием для суда выступает достоверность правовой позиции субъекта доказывания, большая убедительность одной из позиций¹. Довод есть своего рода боевое, состязательное *состояние* фактов в своего рода «обойме» – правовой позиции. Довод есть отражение правовой позиции.

«Лица, участвующие в деле, приводят факты и доводы, подтверждающие их правовую позицию, которая может меняться в процессе судебного разбирательства под влиянием различных обстоятельств. Они формируют представление о своей правовой позиции по делу и о позиции иных лиц. На основе исследованных в суде доказательств эти лица делают умозаключение об устойчивости своей позиции и либо продолжают участие в деле, либо отказываются от иска, идут по пути заключения мирового соглашения, признают иск и т. д.»². Позиция субъекта доказывания – это его отношение к спорным фактам, доказательствам (доказательственным фактам), основанное на интересе, излагаемое процессуально, в обоснование выдвинутой (доказываемой) версии, нуждающейся в правовом закреплении правоприменительным актом³; позиция – это мнение, в котором

¹ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 61–62.

² Там же. – С. 214.

Понятие правовой позиции широко используется в процессуальной литературе.

См.: Защита по уголовному делу: Пособие для адвокатов / Под ред. Е.Ю. Львовой. – М., 1999. – С. 34–42; Адвокатская деятельность. – М., 2001. – С. 358; Бойков А.Д. Адвокатура России / А.Д. Бойков, Н.И. Капинус. – М., 2000. – С. 12; Захляпин Л.А. Основные компоненты теории адвокатского мастерства в уголовном судопроизводстве. – Екатеринбург, 2007. – С. 457–463; Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. – М., 2000. – С. 23.

³ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 109; Захляпин Л.А. Основные компоненты теории адвокатского мастерства в уголовном судопроизводстве. – С. 458–459.

адвокату нужно убедить суд для принятия необходимого ему решения¹.

Каждый из субъектов доказывания обладает определенным количеством доказательств (более точно – исходной информации о спорных фактах предмета доказывания), которые суммируются субъектом и преобразовываются в ходе познания субъекта в доказательственную основу. Такая систематизация придает им законченную форму, вместе с тем открытую для постоянных пополнений и корректировок, вызванных ходом доказывания с объективной стороны и воздействующими на него факторами (позицией процессуального противника, мнением суда по отдельным процессуальным вопросам и др.)². При этом решающими факторами, воздействующими на систематизацию доказательств субъектом, выступают интересы субъекта доказывания в деле, о чем будет сказано ниже.

Уже отмечалось, что доказательственная основа представляет собой систематизацию судебных доказательств по усмотрению субъекта, которое в свою очередь детерминировано «интересами дела». К признакам такой последовательности выстраивания доказательств в последовательную систему относятся: логичность; связь доказательства со спорным юридическим фактом и ее целостность. «Доказательная основа представляет собой систематизацию (как процесс и как конечный результат) процессуальных доказательств по усмотрению субъекта доказывания»³. Именно оценка судом всех элементов правовой позиции каждой стороны позволяет ему вынести законное, обоснованное решение. Факти-

¹ См.: *Сельвестру Ю.Р.* Анализ и оценка доказательств – основа защитительной речи адвоката // *Правовая защита частных и публичных интересов.* – Челябинск, 2004. – Ч. 1. – С. 163.

² См.: *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 126.

³ Как отмечает В.А. Новицкий, понятие «убеждение и усмотрение субъекта» близко по своему содержанию к понятиям «судебное убеждение» и «усмотрение суда».

Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 61.

ческая и нормативная вариантность, проблема выбора распространяет свое действие наиболее ярко на оценку правовых позиций противоположных субъектов доказывания¹.

Довод есть «упаковка» в единую мыслительную конструкцию а) позиции субъекта доказывания, б) факта – средства доказывания и в) доказываемого факта (предмета доказывания). Довод – это предлагаемый суду аргументатором обоснованный ответ на вопрос дела; в доводе находится его, аргументатора, представление о событии, являющемся предметом спора, и приглашение разделить с ним это представление.

Определив главное положение в предмете доказывания (тезис), субъект доказывания должен подкрепить его доводами (аргументами), предоставить допустимые (в широком смысле «допустимости») доказательства, обосновывающие верность довода. «Главным положением защиты» является тезис². С.И. Поварнин отмечает связь довода и тезиса, то есть взаимосвязь факта предмета доказывания и довода (включая и связь с доказательством, точнее, с информацией, содержащейся в этом доказательстве). Как указывает этот автор, «в доказательство истинности или ложности тезиса мы приводим другие мысли, так называемые доводы, или основания доказательства: а) которые считаем верными не только мы сами, но и тот человек или те люди, кому мы доказываем; б) из которых вытекает, что тезис истинен или ложен»³. Но «подтверждается доказательством не только сам выдвинутый субъектом тезис доказывания, но и довод об этом тезисе»⁴.

Довод – выведение из факта (фактов) основного факта или юридического факта. Эта связка доказательства с предметом доказывания – в интерпретации стороны. Ч. Пирс связывал аргу-

¹ См.: Проблемы теории государства и права. – М., 2001. – С. 348–349.

² См.: Миттермаер К. Руководство к судебной защите по уголовным делам. – М., 1863. – С. 176.

³ Поварнин С.И. Спор: О теории и практике спора. – СПб., 1996. – С. 43.

⁴ Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения.

мент *интерпретацией представленного*¹. Доводы – комментарии доказательств. От них зависит, в каком свете предстанет то или иное доказательство, а в своей совокупности и все дело в целом. Доводы подобны кровеносной системе в организме человека, а доказательства – содержащемуся в ней питательному веществу, обеспечивающему процесс жизнедеятельности. Путь аргумента заключается в возможности указать правоприменителю «свою», по определению Р. Гарриса, *кажущуюся верность*². Как заметил Ф. Велман, цель, которой добиваются в судебном споре, – это вероятная истина. Из этого вытекает, что в стремлении добиваться вероятностей по данному делу и состоит деятельность судебного оратора³.

Говоря об искусственности, «техничности» любого довода, важно отметить и то, что убедительность таким образом не сводится к объективности, голой фактичности, но зависит от вклада личности в построение довода (композиции доводов), эффективности, искусства ведения аргументации. «Искусство заключается в умении приспособлять свой материал к поставленной себе задаче», – отмечает Р. Гаррис⁴. Хороший аргументатор со слабыми доказательствами может выиграть, слабый аргументатор проигрывает с хорошими шансами.

Если некоторые авторы склонны объективизировать значение довода, то другие (из числа тяготеющих к софизму), напротив, субъективизировать, иррационализировать его. Очевидно, что в доводе может быть усилена или та, или другая тенденция. Но в целом надо придерживаться середины в понимании этого феномена. Довод – суждение (или совокупность взаимосвязанных суждений), посредством которого обосновывается истинность какого-либо другого суждения. При доказательстве неко-

¹ См.: Пирс Ч.С. Избранные произведения. – М., 2000. – С. 200 и след.

² См.: Гаррис Р. Школа адвокатуры. Руководство к ведению гражданских и уголовных дел / Пер. П. Сергеева. – СПб., 1911. – С. 329.

³ Цит. по: Александров А.С. Перекрестный допрос в суде / А.С. Александров, С.Л. Гришин. – С. 259.

⁴ Гаррис Р. Школа адвокатуры. – С. 329.

того суждения аргументы являются основаниями или посылками, из которых следует доказываемое суждение. Довод предназначается для поддержки тезиса аргументации – утверждения, которое аргументирующая сторона находит нужным внушить аудитории¹.

Итак, подчеркнем еще те моменты, что были уже отмечены в понимании довода. Довод не имеет смысла рассматривать в отрыве от позиции аргументатора. И даже личности аргументатора. Поэтому опыт и интуиция оратора, отраженная в его предмете речи и основанная на его культуре и опыте, есть фактически та фигура мысли, к которой можно свести все остальные². Эффективность аргументации определяется строгой организацией собственного мышления (необходима детальная проработка, свое построение аргументов и доказательственной основы), твердой убежденностью в правоте и достоверности доказываемого тезиса. В том случае, если убеждающий не верит сам в утверждаемое, то невозможно рассчитывать на то, что этому поверят другие³.

Доводы субъектов доказывания – основной составляющий фактор проявления интереса субъекта доказывания в объективном мире⁴. «Заточенность» довода на защиту позиции аргументатора допустима, более того, суд презюмирует данное обстоятельство и учитывает его при восприятии довода (отсюда – категорический запрет присяжным заседателям не принимать во внимание аргументы сторон). Поэтому из тактических соображений аргументатору, конечно, следует избегать проявлений личности в формулировании и изложении доводов. В литературе также обращается внимание на то, что впечатление о приеме может чувствоваться в случае, когда оратор использует технику, которая при всей своей согласованности и разработанности не совсем естественно совмещается с объектом выступления. П. Сергеич отмечал:

¹ См.: Ивин А.А. Основы теории аргументации. – М., 1997. – С. 6.

² См.: Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 286.

³ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 230.

⁴ См. там же. – С. 237.

«Старайтесь устранить из рассуждений свою личность»¹. Самая умелая диалектика та, что незаметна. Если, например, утверждение оратора вызывает антипатию у аудитории, это весьма опасно. Причем опаснее всего антипатия, происходящая из чувства беспомощности².

Настолько же сильно в самой природе довода значение субъективного момента, в частности, цели и интереса в доказывании, как это сказывается на полемической заостренности довода и что делает его «своим», а что «общим»? Убедительность довода определяется убедительностью в целом позиции субъекта доказывания, его правотой. Связь здесь обратная: между доводом и делом стороны. Как будет показано, они воспринимаются чаще всего в совокупности, как некая модель, представляемая для оценки судьей (присяжному). Тут в чем-то прав автор, утверждающий: «Доказательственное значение – информационное свойство модели, выстроенной субъектом доказывания в сознании правоприменителя в отношении как отдельного доказательства, так и для действия всего механизма доказывания в целом (мера убедительности)»³.

В ходе судебного доказывания каждая из сторон проводит свою линию в интерпретации предмета исследования, информацию, используются специальные приемы для представления информации в максимально выгодном для одной из сторон свете, пытаются навязать аудитории. Может ли быть факт-2 отвергнут судом по субъективным причинам – ввиду неудачи допрашивающего в проведении прямого вопроса или, наоборот, слишком удачном – перекрестном противником? Конечно, может. Сила доказательства зависит от мастерства юриста, его представляющего или исследующего.

Поэтому аргументатору важно заинтересовать слушателей актуальностью не только представляемых им сведений, но и своей

¹ Сергеев П. Уголовная защита. Практические заметки. – СПб., 1913. – С. 229.

² См.: Леммерман Х. Уроки риторики / Пер. с нем. И.В. Вольнодумский. – М., 2002. – С. 248.

³ Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 248.

позиции, своего видения событий. Надо иметь в виду, что к моменту судебного следствия у каждой из сторон, в том числе у обвинителя, имеется своя позиция. Она охватывается понятием «дело обвинения», то есть это версия обвинителя о том, что произошло: подсудимый совершил инкриминируемое ему преступное деяние, и поддерживающая эту версию система аргументов. Аналогичная позиция есть и у защиты. Позиционирование каждой из сторон осуществлено, а вместе с тем изготовлены аргументы, при помощи которых процессуальные оппоненты надеются убедить суд в своей правоте¹.

С чем связано обострение, воспаление «субъективного начала» в интерпретации фактов, происходящей при приведении и построении доводов, но также и при оценке и принятии судьями (присяжными)? Это обусловлено, по нашему мнению, несколькими причинами. Первая – это сама природа индуктивного доказательства. Вторая – фактор аудитории, которая является адресатом приводимых доводов. Судебная аргументация происходит непосредственно перед людьми, наделенными властью разрешить спор по существу – судьями (присяжными). Система аргументации строится на признании судей (обычных людей, не машин, не сверхестественных существ), способных установить факты и принять правильное решение. Суд – элемент аргументационной системы. Что значит этот постулат теории аргументации?

Суд поставлен перед необходимостью вынести решение по делу, и это решение должно быть мотивированным, обоснованным, то есть позиция суда должна быть также аргументированной. «Обязанность суда состоит в том, чтобы, имея дело с фактами, не быть ограниченным абстрактным вопросом об их существовании; а для того, чтобы решить, являются ли материалы для определенного суждения или веры в его пользу уважительными (допускающими исполнение), или нет, *решение* должно

¹ См.: Александров А.С. Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов. – С. 101–102.

быть дано для того, чтобы породить быстрые, если не немедленные действия»¹.

Как верно отметил Ю.Ю. Ветютнев: «Любое судебное дело заранее предполагает несколько вариантов решения, иначе не было бы смысла его рассматривать в суде... Известно, что практически по любому правовому вопросу между юристами существуют разногласия, и поэтому одно и то же дело может быть разрешено по-разному, в зависимости от того, к какому судье оно попадет»². Выбор суда, его решение в условиях демократии открыты для оценки со стороны любого человека, поэтому аргументация имеет идеологическую функцию, она должна убеждать в актуальности системы ценностей, объединять людей с властью в понимании того, что правильно или неправильно, плохо или хорошо.

Мы считаем, что есть основания говорить о том, что какова была доказательственная основа, каковой была ее интерпретация сторонами, их аргументация, доводы, таковой будет и позиция суда по делу. И несомненно, что общей платформой, на которой стоят в конечном счете и позиции сторон, и позиция суда, будет система ценностей, которая и служит стандартом для определения фактов, истины. Довод, на наш взгляд, и является наиболее эффективным средством указания на этот ценностный момент, присутствующий в доказывании и истине. Возвращаясь к понятию факта, можно сказать, что довод – это факт в аксиологической оправе.

Схематично это можно изобразить так:

позиция стороны < факт-2 → довод → факт-3 > позиция суда.

Правовая система может считаться завершенной только благодаря открыто и скрыто признаваемому дополнению в виде активности суда, интерпретирующего текст закона. Фактически следует признать, что логичность, определенность системы права приобретает в результате судопроизводства. Требование вынести судебное решение (прагматический момент) получает при-

¹ Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 27.

² Ветютнев Ю.Ю. Синергетика в праве // Государство и право. – 2002. – № 4. – С. 65.

оритет над правильностью (точностью) каких-либо отдельных правил доказательств, дедукции или интерпретации. Суд обязан постановить приговор или вынести иное решение по судебному делу (ч. 1 ст. 118 Конституции РФ). Судья обязан разрешить уголовное дело; применить уголовный закон, когда это надлежит делать, на основании установленных в ходе состязания сторон судебных фактов в соответствии с законом, в согласии со здравым смыслом, справедливостью. Суд должен рассмотреть основания уголовного иска и признать их или, напротив, отказать в признании иска, разъяснив свою позицию. «Этот свободный поиск требует от судей самостоятельных ценностных суждений, которые не могут быть выведены из позитивного права»¹. И. Бентам отмечал, что суждения судьи основаны на оценках вероятностей, которые оценивают, в свою очередь, исходя из опыта². Бентам полагал «неуместной математикатизацией» попытки формализовать предмет и способы судебного доказывания³.

Имея дело с тяжбой, суды заняты не академическим упражнением. Для них поиск истины не является главным вопросом; их желание знать ее и их способность использовать ее ограничены потребностями их главного дела, а именно достижения цели правосудия, то есть получения того, что доступно согласно правовым нормам и в установленном порядке и формах⁴.

Итак, необходимость разрешения правового спора в условиях состязательности, открытости, гласности, с одной стороны, и использование вероятного знания, с другой, требует наличия аргументации общедоступной, общепонятной всем участникам процесса, но также и всем гражданам страны, то есть нужно объединить их на основе общей системы ценностей. Решения суда имеют ценностный аспект, они должны быть аргументированными, убедительными, правосудными в глазах любого гражданина. Ак-

¹ Давид Р. Основные правовые системы современности. Международные отношения / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. – М., 1999. – С. 118.

² Цит. по: *Twining W. Rethinking Evidence (Exploratory Essays)*. – Oxford, 1990. – P. 33.

³ Ibid.

⁴ См.: *Thayer J.B. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. – P. 262.

сиологический момент входит и в природу аргументации, нельзя аргументировать не апеллируя к общим ценностям: *Истине, Справедливости, Разуму*.

Следует согласиться с тем, что в основании системы правосудия и, даже более того, правопорядка лежит презумпция истинности приговора, вера в то, что судья (присяжный) способен в рамках процессуальной рамки установить факты, правильно оценить доказательства, выбрать нужное, правосудное решение. Однако суд – это не механизм, в состав суда входят живые обычные люди, которые выносят суждения на основе фактов, принимая во внимание доводы, руководствуясь законом, здравым смыслом, по совести. Аргументация сторон направлена на людей – судей, присяжных. Здесь заложено непреодолимое на практике препятствие: устранить из деятельности судьи субъективный момент, уподобить действия машине. Довод и дает почувствовать эту разницу, между конкретным судьей и абстрактным судом.

Если предполагается, что суд способен вынести решение по уголовному делу, судье должна быть предоставлена свобода оценки доказательств, при условии того, что употребление этой свободы является предметом контроля, прежде всего, со стороны заинтересованных в деле лиц. Судья, принимающий определенное решение по результатам выслушивания сторон в ходе судебного разбирательства, ведет себя не как машина, а как лицо, которое обладает способностью оценки, свободной, но не произвольной, то есть «обоснованной» оценки. Он делает это тем более вероятно, чем убедительнее, неотразимей для него (его внутреннего убеждения) были аргументы стороны в деле. Приведенные соображения объясняют особенности убеждения, насколько оно состоит в интерпретации смысла сообщений о доказываемых фактах. Аргументация, используемая в ходе состязательного процесса по делу, поэтому заслуживает внимания по сравнению с логическим доказыванием, но также и доказыванием в традиционном для нашей науки понимании.

Важнейший фактор в понимании природы аргументации, по мнению Х. Перельмана и других представителей «новой ритори-

ки», это фактор судьи, человеческой аудитории. Аудитория с его готовностью воспринимать сообщения как довод в пользу определенной позиции есть необходимое составляющее условие судебной аргументации. Нельзя аргументировать в отсутствие согласия аудитории с отправной посылкой аргументатора. Приступить к аргументации – это значит адаптироваться к аудитории, то есть выбрать какие-либо источники для аргументирования принятого тезиса¹. Надо обеспечить диалоговый режим словесных действий в ходе судебного доказывания. Должна быть разработана система доводов, понятных слушателям и убеждающих их. Аргументатору важно обеспечить диалоговый режим словесных действий в во время судебного следствия. Им должна быть разработана система доводов, понятных слушателям и убеждающих их. Причем диалог с судьей должен вестись субъектом доказывания при проведении любого следственного действия. Поэтому правильно рассуждают А.С. Александров и С.П. Гришин: «Фактор аудитории... поставлен нами на первое место в разработке принципов перекрестного допроса. Ведь не только показание как таковое оценивается судом в качестве доказательства. Это было бы упрощением. Показание – это речь одного из участников диалога. Но судьи слышат и вопросы юриста. Поэтому сам процесс ведения допроса, то есть диалог допрашивающего и допрашиваемого, оказывает убеждающее влияние на суд. Факты формируются, изменяются и разрушаются в ходе судебных допросов. Окончательное убеждение судьи о наличии фактов основывается на общем впечатлении от показаний свидетеля, его веры в правдоподобность сказанного им. Показания – это то, что по закону является доказательством (п. 1–3¹ ч. 2 ст. 74 УПК, ч. 1 ст. 55 ГПК). Но правильнее было бы сказать, что показание, объяснение может быть признано судом доказательством, когда судебный допрос свидетеля убедил его в этом»².

¹ Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 210.

² Александров А.С. Перекрестный допрос в суде / А.С. Александров, С.П. Гришин. – С. 162.

Как заставить данную аудиторию, в данном месте и времени поверить оратору – вот что составляет основной момент изобретения. В качестве отправных посылок аргументатору следует употребить общепризнанные истины и предположения (презумпции), которые разделяются аудиторией. Получение согласия аудитории с отправной посылкой оратора является важнейшим принципом аргументации. Достижение согласия с аудиторией подготавливает почву для развития аргументации. Для этого нужно знать аудиторию, ее современные вкусы, надежды, предубеждения.

Практические, неформальные рассуждения в судебной аргументации ориентируются на согласие аудитории как с тезисом оратора, так и с его доводами. Конечной целью аргументации юриста в суде является получение согласия аудитории. Согласие аудитории (суда) с доводами и утверждениями обвинителя можно рассматривать как интерсубъективный фактор, который дополняет объективные критерии рациональной правильности и фактической обоснованности аргументации. Таким образом, под аргументацией в суде нужно понимать часть судебного доказывания, а именно: 1) формирование доводов или аргументов на основе представленных и исследованных в судебном следствии фактических данных; 2) согласие или несогласие аудитории (суда) с выдвигаемыми аргументами и утверждениями.

Ожидаемая информация и информация, сочетающаяся со взглядами убеждаемого, воспринимается более просто. Сложнее, когда этого нет, поступающая информация блокируется, отторгается. «Мы твердо уверены, что аудитория верит не в те факты, которые были доказаны в ходе рассуждения, а тем, на которые выступающий не обратил особого внимания слушателей»¹. Как добиться прорыва этого барьера? Основное условие эффективного воздействия субъекта доказывания – это неременный учет того информационного «мира», который окружает воспринимающую личность, что предполагает выбор процессуальных ситуа-

¹ Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 283.

ций, при которых сообщаемые аргументы и доказательства будут пониматься наиболее адекватно¹.

Обратим внимание на второй ключевой момент в понимании довода, он обусловлен самой природой спора. Это обусловлено конфронтацией в зале суда, конкуренцией двух позиций, противонаправленностью систем аргументации, то есть наличием конфликта. В судебном споре каждая сторона, опровергая мнение противника, отстаивает свое. Довод – единственно возможный способ существования доказательств стороны в состязательном суде, то есть когда они встречают опровержение, критику. Довод есть средство убеждения судьи; не доказательство, не факт, а их убедительность (как способность и как эффект) составляет суть довода. Довод может быть, как будет показано далее, и не сформулирован в классическом виде перед судом (в прениях), но эффект доведения присутствует – когда доказательство-факт возышло действие.

Столкновение позиций и систем аргументации создает эффект события. Событие – мать истины, спор – его отец. Диалоговый режим судопроизводства позволяет сравнивать доводы и позиции сторон, определять их сравнительную силу доказательств в максимально широком контексте (как минимум с позиции обвинения и защиты, как максимум – с позиции любого разумного человека).

Типична процессуальная ситуация, когда оба субъекта считают (либо один из них делает вид, что считает), что их позиция правомерна и должна быть подтверждена законодательным актом. Ведь процесс тем и интересен, что спорен: факт (факты) и (или) его правовое обоснование – правовой спор выступает основой всей процессуальной процедуры. Всегда будут существовать субъекты неправые, но защищающие свои притязания в порядке судебной процедуры. Все остальные составляющие правовой позиции могут быть проанализированы таким же образом².

¹ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 230.

² См. там же. – С. 228.

Без опровержения спор утрачивает черты состязательности, превращается в два параллельных монолога. Правильно понятая роль председательствующего состоит в том, чтобы обеспечить диалоговый режим словесных действий участников судебного разбирательства. Под «диалоговым режимом» понимается включение в аргументацию «опровержения», то есть представлять свои аргументы с учетом альтернатив и развивать альтернативные взгляды с возможной подробностью, каждый раз опровергая эти альтернативы. Сила *опровержения* во многом определяет победу в судебном споре. Если доводы принимают форму сопоставлений и опровержений, то их использование придает выступлениям сторон более острый и наступательный характер. Отсюда вытекает особая роль в судебном доказывании некоторых следственных действий, в частности, перекрестного допроса. Перекрестный допрос – это в первую очередь средство опровержения презумпции способности свидетеля дать достоверное показание об обстоятельствах дела, подрыв доверия к нему и его показаниям. Такой допрос чаще служит для порождения сомнений в правдоподобии фактов, представленных в показаниях свидетеля, и в целом служит опорочиванию дела противной стороны. Поэтому арсенал технических средств, направленных на подрыв и разрушение доказательства противника, имеет в основе своей приемы опровержения¹.

«Смычка» цели доказывания, интереса стороны в деле, выраженных в обвинении (позиции стороны в деле), и того фактического материала, который есть в распоряжении стороны, структурирование его в смысле полемической заостренности – есть то «доведение» разума адресата довода до степени убежденности в правоте позиции аргументатора, то «доведение» факта-2 до нового качественного состояния в виде факта-3, который и подразумевается, на наш взгляд, под словом «довод».

Уместно привести здесь мнение В.А. Новицкого о том, что доводы входят в общую стратегию доказывания субъектов

¹ См. об этом: *Гришин С.П.* Судебное следствие в смешанном уголовном процессе. – С. 322–325.

(например, единая стратегия адвоката, подсудимого) и соответственно их оценку. Особое значение доводов, обосновывающих доказываемый позицией субъекта тезис. Существование правовой позиции субъекта доказывания и ее построение, хотя в процессе ее оценка играет ведущую роль. Например, правовая позиция адвоката в уголовном процессе, изложенная им в прениях или письменно (в порядке ст. 295–296 и ст. 298 УПК), может полностью изменить отношение (внутреннее убеждение) суда к исследованным доказательствам. При существующем подходе предполагается, что, как бы ни была представлена доказательственная основа дела, результат оценки суда останется неизменным. Как видно на практике, это далеко не так. От позиции зависит механизм доказывания субъекта (избранная им стратегия и тактика доказывания), изменения в котором могут привести к иному результату при оценке суда, чем при отсутствии таких изменений¹.

Существенным элементом в доводе, на наш взгляд, является предложение оценки судом не только доказательства-факта, но все процессуальной позиции субъекта доказывания. Ведь суд воспринимает не разрозненные доказательства, а относит их в чью-либо пользу автоматически, исходя из смысла изложенной картины, правовых требований им воспринятого в трактовке субъекта доказывания.

Суд оценивает сами правовые позиции субъектов доказывания, механизм их отстаивания на основе ряда критериев, таких как достоверность каждой позиции в их сравнении, достаточность доказательственной основы (прошедшей критерии отбора – относимости, допустимости, достоверности), представленной в подтверждение правовой позиции².

Обратимся к строению довода. Довод, по М. Ломоносову, есть «сложенная идея, удостоверяющая справедливость предполагае-

¹ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 308.

² См. там же.

мой материи»¹. Известно, что собирание и расположение фактов в доводы требует связи между ними. Связь между фактами (доказательствами) представляет собой словесную и умственную конструкцию. Элементы этой конструкции, содержащие факт и его отношение к общему месту (топу), составляют структуру довода.

Известно, что эристические и диалектические доводы по словесным и смысловым фигурам не различаются². Схема любого рассуждения, рационального или выдающего себя за таковое (эристического, софистического), то есть и логического, и диалектического, и риторического силлогизма, одинаковая.

Как пишет А.А. Эйман, излагающий классические представления о доказывании, логическое доказывание представляет собой построение логических выводов, когда из одних утверждений (уже известных) на основании логических правил выводятся другие утверждения³. Логическая связь сама есть отражение объективной связи между фактами. С логической стороны однозначный акт доказывания представляет дедуктивное умозаключение, в котором одним из исходных суждений является общее правило (связывающее), а выводимое, то есть доказываемое суждение, — частным случаем. Альфред Сидгвик писал: «Строго говоря, все Доказательство /Proof/, насколько оно действительно доказательство, является дедуктивным. То есть, только после того как на предполагаемую истину может быть брошена тень некоторой более определенной истины, она становится самостоятельной или определенной. Если у нас нет некоторого более всестороннего и лучше проверенного обобщения, в пределах которого нам надо принести наш Тезис, мы не достигаем никакого основания, более широкого чем он сам; никакой гарантии вне того, что может быть получено из того факта, что ничто еще не было найдено, что бы противоречило теории»⁴.

¹ Ломоносов М.В. Краткое руководство к риторике на пользу любителей красноречия // Избранные произведения. — М., 1986. — Т. 2. — С. 154.

² См.: Рождественский Ю.В. Теория риторики. — С. 289.

³ См.: Эйман А.А. Логика доказывания. — С. 12.

⁴ Цит. по: Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof. — P. 17.

В развернутом виде общая структура силлогизма содержит три суждения: если одно и другое логически связаны (1), то, если дано одно (2), то дано и другое (3). Иными словами, зависимость любого тезиса от его причины должна быть рационализирована. Должен быть доказанным исходный принцип прежде, чем операцию доказывания можно будет назвать полной.

Значит надо, чтобы доказательство основывалось (1) на законах известных или предполагаемых верными или (2) на наблюдаемых фактах или предполагаемых, что они наблюдались. Мы должны делать различие тогда, в максимально возможной степени, между таким доказательством, которое основывается открыто и отчетливо на уже обобщенном знании – дедуктивном доказательстве, и таким, что основывается на том, что может быть в широком смысле названо как «отдельные факты» или данные «восприятия подобия и различия» или «наблюдения и эксперимента», то есть то, что обычно известно в самой его высшей форме как индуктивное доказательство, а в его самой низкой форме как аргумент по аналогии¹. В большинстве трудно решить имеет ли место аргумент эмпирический, или дедуктивный, или оба они².

Вигмор делает вывод, что при представлении доказательств в суде форма вывода является обычно индуктивной, то есть мы берем единственный или изолированный факт и на нем базируем вывод относительно рассматриваемого суждения. Это – индуктивный или эмпирический процесс. Но каждый индуктивный вывод, тем не менее, способен к тому, чтобы быть преобразованным и установленным в дедуктивной форме – путем восхождения к подразумеваемому закону или обобщению, на которое он опирается более или менее ясно. Таким образом, нет ничего особенного для судебного вывода, чтобы эта возможность превращения в дедуктивную форму не была реализована. Но вопрос состоит не в том, что форма могла бы быть – для всех индуктивных может быть превращение в дедуктивные формы, а в том, как она факти-

¹ Цит. по: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* – P. 17.

² *Ibid.*

чески используется; и как она фактически превращается в индуктивную форму. Даже предполагая, что это превращение возможно, все еще было бы обычно нежелательно, чтобы осуществлять превращение с целью тестирования доказательной ценности; потому что это было бы бесполезно¹.

Любое доказательство, которое сторона захотела бы представить в дедуктивной форме, показало бы, что подобное превращение бесполезно, потому что внимание суда будет просто переведено от силлогизма в целом к действительности вывода, содержащегося в главной посылке; которая представляется опять же в индуктивной форме. Поэтому практически будет достаточно констатировать, что использование судебных доказательственных фактов происходит в основном в индуктивной форме. Дедуктивная же форма может пригодиться в оценке сделанного вывода.

По словам А.А. Эйсмана, фактические данные, содержащиеся в соответствующих источниках, следует называть исходными доказательствами². Все, и личные, и вещественные, доказательства в логической системе доказательств представлены суждениями о фактах³. Следовательно, исходные доказательства со стороны их логической формы представляют собой суждения. «Все исходные доказательства по делу являются высказываниями о фактах и имеют форму единичных суждений»⁴. Это единичное суждение о фактах служит меньшим аргументом в элементарном акте доказывания (умозаключении).

Таким образом, А.А. Эйсман исходит из отождествления факта с событием (то есть, напомним, факта-1). А элементом в конструкции силлогизма служит суждение об этом факте. Из содержания параграфа первого нашей работы вытекает, что можно говорить не о суждении, а факте-2, именно он и является малой посылкой в аргументе. Факт-2 — это и есть исходная, доказанная мысль. Известный отдельный факт соответствует меньшей по-

¹ Цит. по: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* — P. 17.

² См.: *Эйсман А.А. Логика доказывания.* — С. 13.

³ См. там же. — С. 13, 14.

⁴ Там же. — С. 17.

сылке в доводе или может быть меньшим аргументом для последующего рассуждения. В нашем изложении факты-2 являются средством доказывания основных и иных имеющих значение для правильного разрешения уголовного иска фактов.

«В самом основании индуктивного аргумента заложен источник ошибки. Мы можем назвать его, например, как опасность пропуска многих иных причин, или как пренебрежение возможным шансом или противодействием, или как возможность неизвестных предшествовавших (предыдущих) событий, или как аргументирование «*post hoc ergo propter hoc*» или «*per enumerationem simplicem*», или как пренебрежение обязанностью исключать альтернативные возможности, или как упущение того, что факты могут иметь больше чем одну интерпретацию... или как провал попытки смотреть ниже поверхности, или – возможно это даже лучшего всего из перечисленного – неоправданное пренебрежение пунктами различия. [Формой предложенного вывода является] случай или случаи выдвинутые, из которых определенное заключение выводится, чтобы быть лучшим объяснением. Однако если некоторое другое лучшее объяснение возможно, то такая теория заслуживает признания недействительной... Под «лучшим» объяснением понимается то... которое в отличие от всех иных возможных гипотез, объясняя все известные факты, в то же время ограничено, надежно или квалифицировано служит тому, чтобы самым лучшим способом достаточно охранять против возможных неоткрытых исключений... Все положительное доказательство зависит... от заботы, от предосторожностей, с которыми интерпретировалось наблюдение, и эксперимент проводился. Только в той мере, в какой они исключают альтернативные возможности, они обладают реальной ценностью... Важный пункт должен, быть всегда показан, что все другие возможные объяснения найдены и взвешены в сравнении, – то есть что все предосторожности были предприняты против неоправданного, непродуманного обобщения, к которым склонен плохо подготовленный ум... И право на выбранную теорию, по отношению ко всем ее возможным конкурентам, зависит полностью от глубины на-

шего понимания условий, при которых были действительно сделаны эксперимент или наблюдение. Это – главный урок Логике, что касается Индукции... Актуальным в каждом случае является вопрос, какую уверенность может нам дать данная выбранная альтернатива, которая выведена как наиболее правильная из всех мыслимых? Методы Индуктивного Доказательства могут быть рассмотрены как попытки ответить на этот вопрос»¹.

Итак, форма вывода из уголовно-процессуальных доказательств является преимущественно индуктивной. Процесс прохождения судебного доказательства базируется и должен базироваться в конечном счете на канонах обычного рассуждения, явно или неявно используемых. Подлинным основанием доказательства всегда является признание подобия и различия между вещами или событиями, уже известными и наблюдаемыми, и теми, которые исследуются, то есть базируется ли это признание (1) на знании, уже полученном и сформулированном в положениях или суждениях, или (2) на непосредственном наблюдении и эксперименте. В той мере, в какой мы открыто и отчетливо обращаемся к известным принципам (уже обобщенное знание), это будет дедуктивное доказательство; в той мере, в какой мы быстро и несколько смутно развиваем новые принципы для себя непосредственно от наблюдаемых случаев, доказательство будет индуктивное, эмпирическое или (в его самой свободной форме) аналогическим². Предварительный критерий оценки правильности вывода будет чем-то вроде следующего: доказательственный факт указывает на желательное заключение (не только как единственный рациональный вывод, но) как вывод (или объяснение), самый вероятный или самый естественный из всех других, которые являются мыслимыми? Или (чтобы предъявить требование более мягко), желаемое заключение (не самое естественное, но), естественное или вероятное среди различных мыслимых? После того, как все другие доказательственные факты были бы введены и

¹ Цит. по: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* – P. 18.

² *Ibid.*

рассмотрены, чистое заключение может быть предпринято. Но, имея дело с каждым отдельным фактом, единственный предварительный запрос будет таков: насколько вероятным является Probandum как объяснение этого Probandum?¹

Значит, теория индуктивного доказательства состоит в том, что у доказательственного факта есть доказательная ценность настолько, насколько требуемое заключение, основанное на этом факте, является более вероятным или естественным выводом, по сравнению с другими выводами или объяснениями этого факта, а если таковые имеются, то они являются менее вероятными или естественными. Степень требуемой силы будет меняться в зависимости от различных видов доказательственных фактов, завися в чем-то от различающихся представлений человеческого опыта об этих фактах, в чем-то от практической пригодности более сильных фактов. Уязвимость индуктивного вывода состоит в том, что могут быть другие объяснения, то есть возможны выводы иные, чем предполагаемый Probandum, из факта, взятого за основание доказательства. Этим обуславливается важность состязательной процедуры, в которой сравниваются все возможные объяснения (интерпретации) с точки зрения соревнующихся сторон. Состязательная система процесса основана на методе представления доказательств самим сторонам. Пропонент предлагает свое доказательство, оппонент его критикует, объясняет по-своему. Пропонент и оппонент перекрещивают свои толкования факта перед лицом суда. И юрист, и суд должны исследовать каждую часть доказательства, во-первых, с точки зрения пропонента, затем, с точки зрения оппонента и, наконец, с точки зрения судьи. Этот аспект довода в нашей литературе не исследовался, но был предметом изучения Вигмора, чьи взгляды на эту проблему мы и изложим ниже.

Вигмор указывает, что в судебных процессах всегда есть две стороны; пристрастный пропонент предлагает свое доказательство, не указывая на его слабость; тогда пристрастный оппонент

¹ Цит. по: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* – P. 18.

указывает на эти слабости, то есть дает иные возможные объяснения. Поэтому важно отметить двойную обработку, которой каждое предложение доказательства может подвергнуться. Там, где ученый имеет дело с предметом доказательства в логике, единственный вопрос состоит в том, действительно ли отвечает аргумент, предлагаемый как влекущий доказательство, логическим требованиям. Но везде, где имеет место применение логических принципов к определенным практическим целям, две стороны борются как проponent и оппонент доказательства, как в правовых спорах, обработка вывода распадается на две стадии. Всякий раз, когда на доказательственном факте, предлагаемом его проponentом, хотя бы единственный другой вывод представляется возможным вывести, полное доказательство терпит неудачу; требуемое заключение – просто более вероятный вывод; другие возможные выводы, менее вероятные или одинаково вероятные, остаются открытыми. Таким образом, очевидно, что благодаря самой природе этого процесса определенный курс открывается для противника. Он может теперь соответствующим образом показать путем приведения других фактов, что один или другой из этих выводов таким образом остается открытым и не является просто возможным и спекулятивным, но является более вероятным и естественным как подлинное объяснение первоначально предлагаемого доказательственного факта. Данный факт допустили в доказательство, но его сила может теперь быть уменьшена или аннулирована, путем показывания того, что какое-то другое объяснение, кроме предложенного его сторонником – тоже истинное¹.

Вигмор указывает на различие между выводом и доказательством. Вывод – убедительная операция /persuasive operation/ каждого отдельного доказательственного факта /evidentiary fact/ относительно Interim Probandum. Доказательство /Proof/ – убедительная операция полной массы очевидных фактов /evidentiary facts/ относительно Probandum. Мы имеем дело здесь, всегда, с

¹ См.: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* – P. 20–21.

состоянием ума, умственным процессом, и аналогии полезны. Вывод может быть уподоблен толчку, данному инвалидному креслу, в котором сидит мыслитель. Дверь комнаты открыта, и стул указан к двери. Сторона А дает стулу толчок в направлении двери; Партия В дает стулу другой толчок в том же самом направлении; и Партия С тогда делает то же самое. Ни один толчок не достаточен, чтобы доставить стул к двери; возможно не все три. Тем временем Партия М дает стулу толчок далеко от двери, и Сторона N дает другой подобный толчок. Тогда прибывает Партийный Q, дает стулу сильный толчок к двери. Движение стула при каждом единственном толчке походит на Вывод. Заключительное положение стула походит на Доказательство Proof, – стул может достигнуть или, возможно, не достиг двери. В изучении различных видов свидетельства, поэтому, мы не ожидаем Доказательство Proof от любой части, но только Вывод. Никакой вопрос Доказательства Proof не возникает, пока все доказательства-толчки /evidence-pushes/ не были даны. Отметим тогда, что термин «вывод» /inference/ показывает просто процесс размышления о части доказательства, но не результат. Вывод может быть слабым, средним или сильным; например, если А повстречается нам на улице без шляпы, вывод – процесс размышления, потерял ли он свою шляпу от ветра, или с самого начала вышел из дома без шляпы. Этот процесс может или, возможно, не приводит к нашей вере, что он потерял его или что он никогда не надевал его; но в любом случае наша вера /belife/ относительно одного или другого суждения отлична от нашего вывода /inference/. Защитник просит, чтобы суд вывел (сделал вывод); и суд продолжает выводить, то есть думать доказательно, но этот вывод может или, возможно, не приводит его к вере. Термин «вывод» иногда использовался двусмысленно, его включали и в процесс, и в результат; в данной работе это применено к процессу¹.

Большой посылкой или большим аргументом умозаключения, в изложении А.А. Эйсмана, является суждение, содержащее об-

¹ См.: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* – P. 9, 23.

щее правило. В акте доказывания оно связывает меньшую посылку (факт) с выводным суждением – заключением, которое также называют тезисом (доказываемым обстоятельством или «искомым фактом»)¹. Суждение о наличии и характере связи между первым и вторым – это связывающее суждение или «общее правило»; оно характеризует связь между доказывающим и доказываемым событиями и является фактической презумпцией, опытным положением. Его иногда опускают, как бы подразумевая его. «Между тем, очевидно, что связывающее суждение играет в акте доказывания чрезвычайно важную роль»².

Тезис доказывания представляет собой высказывание о фактах и имеет логическую форму единичного суждения. Если тезисом служит не отдельное обстоятельство по делу, а все событие преступления в целом, то его называют «главным доказательственным фактом». Наиболее существенные юридические признаки главного факта называются предметом доказывания. Общее правило, которое устанавливает правомерность логического перехода от доказательства к оказываемому обстоятельству, то есть фактическая презумпция или приблизительное обобщение или опытное положение – это в традиционной терминологии – «общее место» (обобщения здравого смысла, основы морали) или «топ» (презумпция – юридические, судебные обобщения).

В принципиальном плане мы должны оговориться, что, на наш взгляд, не суждения о фактах, а сами факты являются суждением и одновременно они будут малой посылкой³. Сведение, содержащее в источнике доказательства, представленном стороной в деле, будучи проверенным и принятым в качестве факта, становится отправной точкой в рассуждении. Частные и общие суждения, служащие большой посылкой, о которых говорит А.С. Эйсман, есть общее место. Речь о нем пойдет ниже.

¹ См.: Эйсман А.А. Логика доказывания. – С. 19.

² Там же. – С. 22.

³ Факт-2 есть интерпретация аргументатором эмпирического, исходного данного. Это есть исходное, невыводимое из других суждений, о каком-то обстоятельстве суждение.

Обратим внимание на один момент, который оставляет в стороне учение о рациональной аргументации, сводя построение доводов к логической схеме. Имеется в виду речевая форма довода, а вместе с речью в понимание довода вводится весь комплекс психологических и прочих с трудом рационально улавливаемых обстоятельств (от которых, тем не менее, зависит сила довода). Только в речи, письменной или устной, возможна аргументация доводами в суде. Речевая форма, безусловно, может оказывать влияние на смысловое содержание, то есть возможно искажение логичности, правильности рассуждения. Проблема языкового выражения есть проблема самого понимания, имеющего место в уголовном процессе. «Всякое понимание – истолкование, а всякое истолкование разворачивается в среде языка, который, с одной стороны, стремится выразить в словах сам предмет, с другой же – является языком самого толкователя»¹. Любое предложение риторично, но только часть предложений логична². Поэтому любой довод, поскольку он воплощен в речевой форме, риторичен, но только часть доводов, используемых в судопроизводстве, логична в формальном смысле этого слова.

Аргументация, как и любое рассуждение, имеет дело с мыслями, выраженными в языковой форме (смыслами), то есть выступает во вне в виде высказываний. И довод – это высказывание. Это мысль, смысловая конструкция, данная нам в речи. Доводом делает то, как устроена эта мысль, но также как она стилизована, явлена в речевом виде. Структура и внешняя форма в доводе взаимосвязаны и решают одну задачу – убедить, побудить сделать выбор, принять решение. Так что выбор слов – это изобретение названий для данных, являющихся основой для построения доводов, а последние возникают из содержания – намерения и / или «тона» высказывания. При этом выборе оратор опирается на характер языка, в котором он творит. Он считается с тем, что результат его выбора должен быть как минимум понятен. Образует

¹ Гадамер Г.Г. Истина и метод. – М., 1988. – С. 452.

² См.: Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 124.

мая им ноэма (выражение А.Ф. Лосева), обозначающая мысль, выраженную в ключевом слове и его синонимах по тексту, должна быть усвоена аудиторией, которая предположительно для ратора владеет определенной языковой и стилистической системой¹.

Итак, слова – источник изобретения доводов. Найти ключевое слово и сочетание слов, которое лучше всего характеризует «тон» сочинения и отвечает разрешению замысла. Это ключевое слово или слова как бы тянут за собой поясняющие его неключевые слова. Эти неключевые слова служат средством развития доводов. В центре довода находится пример – слово, название реалии или мысленной конструкции. Изобретение ключевого слова – есть выбор синонима для именованя примера. Таким образом, создание примера, с точки зрения выражения, есть выбор синонима или, если подходящего синонима нет – создание нового слова. Это явление в риторике называется выбором слов².

Развертывание и связь доводов в аргументацию осуществляет с помощью фигур мысли (логических и образных построений), а также речевых фигур (тропов), то есть фонетико-грамматических, лексико-фразеологических, фонетико-лексических приемов. *Фигуры речи и мысли* служат разработке доводов и их соединению, а также созданию эмоционального впечатления. Фигуры мысли есть фактически модусы риторического изобретения доводов в судебном диалоге³. Композиции доводов, смысловые комбинации, в которые вплетены ссылки на источники доказательственной информации, но также и чисто технические (речевые) конструкции – фигуры мысли.

Тропы (цветы⁴) – способы создания переносных значений (метафора; метонимия; синекдоха; аллегория). Тропы служат для создания новых наименований из материала существующих слов для того, чтобы изобразить предмет речи, дать ему характеристи-

¹ См.: *Рождественский Ю.В.* Теория риторики. – С. 249.

² См. там же. – С. 251.

³ См. там же.

⁴ В определении Русской Риторики 1620 года. Однако этот термин сохранился до наших дней – «цветы красноречия».

ку через ключевое слово¹. Квинтилиан заметил, что при доводах, кажется, и не нужно прибегать к фигурам², то есть техническим, речевым конструкциям, имеющим прагматическую направленность. Но Ю.М. Лотман пришел к выводу, что тропы являются не внешним украшением, они составляют суть мышления³.

По мнению Х. Перельмана, фигура обладает двумя определенными признаками: определенной структурой, существующей независимо от содержания, то есть формой, которая может быть синтаксической, семантической и прагматической. Второй признак фигур – это ее использование, которое отличается от использования слов в их обычном значении. Именно этим она привлекает внимание слушателей. В принципе любая структура в зависимости от своего использования может стать фигурой⁴. Х. Перельман полагает, что фигура является аргументативной, если ее смысл может стать обычным при реальном существовании предложенной автором ситуации. Если же речь не приводит к одобрению слушателями фигуры в качестве аргументативной, фигура будет существовать в качестве украшения речи, то есть стилистической фигуры. Оно может вызывать только чувство восхищения на эстетическом уровне, как свидетельство оригинальности оратора⁵.

Полагаем, что не только к построению доводов, их укреплению и развитию пригодны фигуры. Не менее действенны они и как средства разрушения, ослабления аргументов противной стороны. Фигуры могут послужить и искусной заменой фактических данных.

Значит, надлежит сделать еще одну поправку: доводы «изобретаются», создаются субъектом доказывания посредством речи. Но не из пустого места, а из доказательственного материала,

¹ См.: *Рождественский Ю.В.* Теория риторики. – С. 254.

² См.: *Квинтилиан М.Ф.* Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 2. – С. 127.

³ См.: *Лотман Ю.М.* Внутри мыслящих миров. – С. 47.

⁴ Цит. по: *Александров А.С.* Введение в судебную лингвистику. – С. 185.

⁵ См. там же. – С. 186.

который собран им или представлен противником, проинтерпретирован и представлен должным образом аудитории, наделенной правом решения спорного вопроса (судьям, присяжным). И речевой аспект – это не есть нечто несущественное в доводе, это вещественный, конструктивный момент, это своего рода приспособление для внедрения в разум и душу судьи (присяжного).

При изобретении доводов действует воображение, которое сочетается с рассуждением. Распространение терминов, составляющих тему со стороны смысла, управляется изобретением доводов. Все виды доводов: силлогизмы, дилеммы, сориты используют общие места¹. Сказанное не значит, что доводы безосновательны. Выше мы говорили, что, совсем наоборот, аргументация невозможна без подкрепления фактами. Но факты даются в изложении стороны, которая приводит соответствующие доводы. И то, насколько бывает удачным изложение, сильно влияет на убедительность доказательств-фактов.

Как пишет А.А. Эйсман, если доказательством, то есть меньшим аргументом в элементарном акте доказывания, служит суждение о сообщении, исходящем от свидетеля, то прежде всего должен быть сделан вывод о том, соответствует ли это сообщение действительности. Содержанием акта доказывания является рассуждение: «Если свидетель показывает, что слышал крик, значит кто-то кричал». Это вывод о достоверности сообщения. Со стороны содержания такой акт доказывания можно назвать «коммуникативным»².

Фактическая презумпция (общее правило, опытное положение), на основании которого из доказательства логически выводится тезис, также представляет суждение. Это общее суждение. В этом суждении закрепляется знание не об отдельном предмете и его свойстве, а найденная на основе опыта и обобщения закономерная связь, относящаяся ко многим предметам, составляющим некоторое множество (группу, класс).

¹ См.: *Рождественский Ю.В.* Теория риторики. – С. 522.

² См.: *Эйсман А.А.* Логика доказывания. – С. 25.

Использование, приведение доводов как мыслительно-речевых конструкций, наделенных способностей производить эффект убеждения толкуется нами, в отличие от А.А. Эйсмана, не как логическое конструирование мысли, а как изобретение смысла, исходя из общих правил, презумпций – общих мест, то есть того, что не вызывает сомнений, что общепризнано. Эти общие места составляют основу доказывания-аргументации. В расположении по силлогизмам общие места применяются как большие посылки, но и сам факт как суждение, как пример в свою очередь также основан на общем месте. Получение и расположение фактов в доводы требует связи между ними. Связь между фактами представляет собой словесную и умственную конструкцию. Элементы этой конструкции, содержащие факт и его отношение к общему месту, юридическому топу, и называются доводом.

Для понимания не только природы довода, доказательства, факта, но и для понимания природы познания и истины важно осознать значение аргументативной связки – общего правила или, иначе говоря, *общего места*. Аргументы опираются на общие посылки, то есть суждения, истинность которых подразумевается всеми участниками процесса. Повсеместно принятые общие места представляют собой основу аргументации и вообще понимания смысла происходящего. При построении речи на основании разделительных суждений выделяются общие места, описывающие категории языковой картины мира. «Общие места различаются в истории становления видов словесности как естественные непререкаемые суждения, общепризнанные постулаты, которые кажутся естественными, и поэтому истинными»¹.

Общие места трактуются как смысловые связи между разными категориями, содержащимися в морали, натурфилософии, теории языка, практических искусствах и праве. При том собственно под общими местами понимают обычно высшие уровни тезауруса лексических значений, а под низшими уровнями – топы². Высший

¹ Рожественский Ю.В. Теория риторики. – С. 518.

² См. там же. – С. 539.

уровень лексических значений подвержен малым изменениям – общие места относительно прочны, но топы достаточны подвижны. Топика зависит от этоса и вызывает пафос и соответствующий логос. Силлогизмы, энтимемы и примеры в своей содержательной логике зависят от этоса как специального установления, организующего речь¹.

Наиболее широкая система категорий составляет языковую картину мира, языковой опыт оратора и аудитории. Это то, что в принципе делает возможным убеждение. «В основании всех видов смысла высказываний лежит вера – доверие к невидимому, неосязаемому, но проявляющему себя как высший закон для мира и человека. На основании высшего закона Вера регулирует безошибочное практическое поведение человека в мире. Для практического поведения существенно знать, как устроен мир. Это значит, что надо иметь знания о мире в виде тезауруса. Язык как система слов ставится в соответствие с элементами мира»².

Общие места являются незыблемыми речевыми сущностями. Они используются для убеждения и опровержения; изобретения смысла как данность. В юридической аргументации в роли общих посылок выступают презумпции, общие места, общепризнанные факты и т. п. Они составляют концептуальную основу доводов. «Общие места есть результат общественного договора. [...] Общие места есть тексты, смысл которых служит объединению вокруг этого смысла других текстов с разной композицией»³. Топика – это машина для создания посылок, исходя из данного заключения⁴. В сфере юриспруденции, судебной сфере это «legal topics», юридическая топка, скопление юридических банальностей. Полагаем, что судебную аргументацию, в ходе которой устанавливается истина, следует рассматривать как риторическое изобретение, в основе которого лежат фигуры мысли. Аргументирование в суде представляет собой изобретение речи, ис-

¹ См.: Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 126.

² Там же.

³ Там же. – С. 519.

⁴ Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 199.

ходя из общих мест и представленных в ходе судебного следствия фактов.

Следовательно, мы можем сказать, что *общие места* – это некие непререкаемые суждения, общепризнанные постулаты, которые кажутся естественными, поэтому истинными всем членам аргументационной ситуации. Они используются как источник изобретения и доказательства в речах сторон при разработке доводов. Психологически общее место не является осознаваемым рационально. Повсеместно принятые общие места часто используются для доказательства, опровержения и изобретения как *данность*. В зависимости от степени образованности человека человек может не знать все системы общих мест и, тем не менее, интуитивно апеллировать к ним. Л.И. Петражицкий относил общие посылки к познавательного-эмоциональным диспозитивным сочетаниям («убеждениям»), складывающимся обыкновенно у нас бессознательно¹.

Система юридических топов, будучи производной от универсалий языковой картины мира, входит в юридическую технику в виде аксиом, легальных презумпций и некоторых других юридических конструкций, которые называют «юридическими топами»². Вот примеры наиболее часто используемых при судопроизводении обобщений презумптивного характера: предположение, что действие характеризует человека; презумпция доверия к свидетелю, в соответствии с которой мы склонны верить в первую очередь в то, что нам сообщают до тех пор, пока не появится то, что позволит усомниться в сказанном; презумпция заинтересованности, в соответствии с которой любой человеческий поступок совершается сознательно.

В судебной системе используется система специальных правовых общих мест, закрепленных в законе в виде основополагающих исходных требований к доказыванию. Таковыми могут считаться: «презумпция невиновности», «презумпция истинности

¹ См.: Петражицкий Л.И. Введение в изучение права и нравственности. – СПб., 1905. – С. 26.

² См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 198.

свидетельских показаний», «презумпция недостоверности сведений, если они получены стороной обвинения с нарушением процессуального закона» («плоды отравленного дерева»), «равенство прав сторон на представление и исследование доказательств», «презумпция истинности судебного приговора» и прочие – все они восходят к такой правовой аксиоме, как «приоритет прав и свобод человека и гражданина».

В устной речевой практике общими местами выступают основные позитивные положения любого фольклора. Эти общие места представляют собой противопоставление позитивного и негативного, и их соотношение зависит от меры. Современная аргументация не отменяет использования фольклорных общих мест, но выстраивается над ними. Используются повсеместно признаваемые общие места, которые производны от опорного религиозного текста – Священного писания, где представлены основные запреты (скажем, клятвopеступление), правила речи и поведения, принципы описания мира и т. д. «Эти общие места в значительной части содержания восходят к фольклорной гносеологии и присутствуют как начала в Священном писании и теологической литературе и являются неявным основанием нумеративно-тезаурусной картины мира. Важным моментом, укрепляющим эти общие места, является их опора на семантику вопросительных местоимений: сколько? какой? кто (или что)? что делает? что происходит? где? когда? откуда? почему? за чем? за кем? как? Семантика вопросительных местоимений показывает фундаментальность значения этих общих мест. Эта система общих мест опирается на философские категории, выработанные в античности, служившие инструментом для доказательства и изобретения в документной речи. Это следующие общие места: род и вид, целое и части, свойства материальные, свойства жизненные, имя, действие и страдание, время, место, происхождение, причина, предыдущее и последующее, признаки, обстоятельства, подобное и неподобное, несходные и противоположные вещи, сравнения»¹.

¹ *Рождественский Ю.В.* Теория риторики. – С. 520.

Естественно, одними общими местами нельзя ничего доказать. И даже сказать нечто новое. Однако без них аргументация невозможна. Так, современники отмечают искусное использование в речах В.Д. Спасовича приема рассуждения по схеме: 1) кто участвует? 2) что происходит? 3) где? 4) когда? 5) обстоятельства? 6) благоприятствующие причины? 7) почему? 8) как все произошло? Прием, восходящий к античной риторике, именуемый разработкой общих мест¹. По характеристике Л.Д. Ляховецкого, «разбор г. Спасовича бесчисленных фактов – работа изумительно-громадная. Не верится, что человеческая память может вместить в себя такую гору мелких эпизодов и фактов. У г. Спасовича каждое из этого множества обстоятельств находит, однако, свое место в бесконечно длинной цепи аргументов и выводов. Оратор чувствует себя в этом лабиринте фактов, как у себя дома. Он водит судей по этому лабиринту, показывая им каждую мелочь, объясняет ее связь с другими бесчисленными мелочами. Анализ фактического материала идти дальше, кажется, не может»².

Общие места складываются стихийно, как выделение общего содержания многих текстов и отбрасывание различного в них – вытекает из фольклористического понимания текстового процесса. Ключевые тексты фольклора – пословицы. Остальные более пространные жанры опираются на общие места, данные в пословицах. Систематизация норм, данных в пословицах, показывает, что они содержат циклы положений, которые впоследствии дают основы морали, гносеологии и философии и подводят к развитию позитивного знания³. Изучение общих мест, таким образом, есть нахождение ключевых текстов, выдвигающих общие места, к которым по принципу общественного договора примыкают другие люди и создаваемые ими тексты, и усмотрение того, какие тексты в своих композиционных формах к ним примыкают и что значит этот общий массив ключевых и примкнувших текстов с

¹ См.: Глинский Б.Б. Русское судебное красноречие. – СПб., 1897. – С. 25.

² Ляховецкий Л.Д. Характеристика известных русских судебных ораторов. – СПб., 1897. – С. 240.

³ См.: Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 521.

точки зрения охвата ими аудитории, которая всегда, как бы ни была она широка, признает общие места исходя из общих интересов этой аудитории¹.

«Судебно-правовые топы» категориально связаны с общими местами, лежащими в логике, но также с другими стереотипами, имеющимися в национальном языке, культуре. Многие из них закреплены в пословицах, поговорках. Устойчивые выражения, такие как пословицы, поговорки, максимы, являются одновременно и формой, и содержанием. В отношении данных устойчивых выражений существует неизменная реакция речедателей, они являются для них мыслительными *стереотипами*. Поэтому в суде присяжных юристу надо аргументировать свою позицию не только буквой закона, но и используя народный язык, апеллируя к языковой компетенции простых людей, используя устойчивые выражения и мыслительные стереотипы (поговорки, пословицы)².

Значит, в качестве предмета согласия аудитории следует рассматривать факты, общепризнанные истины и предположения, разделяемые аудиторией, штампы, пословицы и пр. Как отмечает А.С. Александров, в судебной аргументации не менее важной составляющей, наряду с фактическими данными, являются устойчивые выражения, формулы, в которых воплощено согласие аудитории относительно каких-либо предметов. Эти устойчивые выражения используются для достижения единства оратора с аудиторией слушателей. Автор договаривается с аудиторией, что именно при помощи такой-то формулы он будет называть факты, определять их ценность, связи и пр. Нужно, чтобы слушатели отождествляли себя и свою точку зрения с тем, кто использует или одобряет использование данных формул. Устойчивое выражение является одновременно формой и содержанием. В отно-

¹ Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 520.

² См.: Амиров К.Ф. Пословица и поговорка в речи государственного обвинителя // Метко сказать – порок наказать: пословицы и поговорки разных народов мира о праве и законности. – Казань, 2006. – С. 10–12; Николаев Ю. Прокурор взялся за фольклор // Известия. – 2007. – 3 апреля.

шении устойчивых выражений существует неизменная реакция. Они являются мыслительными *стереотипами*. К такого рода устойчивым формулам относятся максимы, пословицы, то есть устоявшиеся в языковом сознании народа фигуры мысли. В целом для характеристики указанных выражений с устойчивым смыслом можно употребить понятие «общие места». Как уже указывалось, *общие места* – это естественные непререкаемые суждения, общепризнанные постулаты, которые кажутся естественными, и поэтому истинными. Система общих мест воплощается в фольклорных текстах с опорой на пословицы как ключевые тексты¹.

Итак, уголовное судопроизводство как вид словесности имеет свою систему общих мест, используемых для изобретения доводов и ведения аргументации – судебную топику. Судебная топика (криминально-процессуальная) воплощена в виде юридических конструкций с устойчивым смыслом, которые закрепляют правовые ценности или суждения здравого смысла: принципах, аксиомах, презумпциях, фикциях и пр. Фактическое основание довода, образованное при представлении и исследовании доказательства (скажем, показания свидетеля) также содержит (общее) суждение: фактическую презумпцию добропорядочности свидетеля, его способности удостоверять факты, достоверность его показаний. Это и есть та интеллектуальная начинка факта, о которой мы уже говорили. Специфичность судебной аргументации состоит в том, что ограничения по доказыванию кодифицированы и являются обязательными для обеих сторон. В частности, это касается и правовых презумпций: сила неопровержимых презумпций сопоставима с уверенностью в существовании факта².

Следующий момент, на который хотелось бы обратить внимание, это трактовка в свете понятия «довод» предмета доказывания и доказательства. Или, иными словами, в чем различие между *Factum Probandum* and *Factum Probans*. «Доводы не могут быть выставлены в качестве тезисов, так как они служат средством для

¹ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 212.

² См. там же.

обоснования тезисов»¹. Довод – это всегда иерархия в отношении «доказываемое и доказывающее». Они не могут поменяться местами. Факт-2 – это всегда средство доказывания, а не доказываемый факт. В структуре довода расположен факт-2 в виде посылки, а тезис – это и, может быть, доказываемый факт. В цепи доводов каждый выведенный факт может стать доказывающим, вплоть до конечного пункта – юридического состава как предмета доказывания.

Факт, подлежащий доказыванию, называется «основным фактом» /*principal fact*/, факт, который предназначен устанавливать его, «доказательственный факт» /*the evidentiary fact*/². Когда цепь состоит из более чем двух частей, тогда промежуточные звенья связи являются основными фактами относительно тех фактов, что ниже, а доказательственные факты – в отношении тех, что выше их. Так мы предлагаем называть соотношение основных и доказательственных фактов³.

Как отмечает Вигмор, *доказательство* – всегда относительный термин. Это показывает отношение между двумя фактами, *Factum Probandum*, или суждение, которое будет доказано, и *Factum Probens*, или материал, доказывающий это суждение. Первое является обязательно гипотетическим; последний выдвинут как действительность с целью убеждения суда, что первый – также действительность. Никакое правильное и верное понимание природы любого очевидного вопроса никогда не может иметься, если этот двойной или относительный аспект этого отчетливо не изображен в каждом случае. В каждом случае нужно задать вопросы, каково суждение (*Probandum*), выдвигаемое, чтобы быть доказанным? Что есть доказательственный факт (*Probens*), который предлагается в доказательство этого суждения? Часть беспорядка, часто находимого, является результатом обстоятельства, что каждый доказательственный факт может в

¹ Психология влияния. Хрестоматия. – СПб.; М.; Харьков; Минск, 2001.

² *Bentham J. Rationale of Judicial Evidence* – P. 18.

³ См.: *Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness.* – P. 7.

свою очередь стать Proposition, чтобы быть доказанным, пока, наконец, некоторый окончательный доказательственный факт не достигнут. Здесь каждый доказательственный факт в свою очередь становится суждением, требующим сборки новых очевидных фактов, больше или меньше – согласно ее сложности. Любой определенный вопрос может быть суждением или доказательственным фактом, согласно требованию момента¹.

Отечественные авторы рассуждают сходным образом: «Для того чтобы осуществить доказывание, необходимо отделить доказательства (аргументы) от доказываемого положения (тезиса). Для того, чтобы с помощью доказательств (сведений) можно было установить доказательственные факты, их нужно отграничить друг от друга как основания тезиса. Для того, чтобы с помощью доказательственных фактов можно было установить предмет доказывания, их также нужно строго логически, структурно отграничить друг от друга»².

Значит, каждый доказательственный факт может быть преобразован во временный (переходный) Probandum. Во всех связанных выводах доказательственный факт, ближайший к Probandum, становится в свою очередь временно Probandum; и также следующий доказательственный факт становится Probandum; пока конец цепи не достигнет чего-то воспринимаемого судом в качестве источника доказательства. Это может быть или показание свидетеля, данное в суде, или иное доказательство.

Для большинства доказательств, по крайней мере, два шага при выведении вывода требуются: вывод, делаемый из факта заявления свидетеля (имеющегося в свидетельских показаниях) к предмету (утверждению, требующему доказательства) /matter/, и затем косвенный вывод из предмета (утверждения, требующего доказательства) /matter/, утверждаемого к другому предмету (утверждению, требующему доказательства) /matter/. Более того, мы

¹ Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof. – P. 5.

² Колдин В.Я. Информационные процессы и структуры в криминалистике / В.Я. Колдин, Н.С. Полевой. – С. 64.

также, возможно, будем нуждаться даже в двух или трех выводах последнего вида прежде, чем будет достигнуто главное суждение, составляющее суть требований стороны. Таким образом, мы часто должны будем использовать два вывода из заявлений, — сначала от одного заявления (в суде) к факту делания заявления во внесудебной процедуре, а затем от последнего к правде вопроса /matter/, утверждаемого им¹.

В процессе редко случается так, что предлагаемые выводы просты. Вывод, который приводит к собственно *Probandum*, будет обычно делаться из факта, который был сам достигнут выводом; и возможно этот вывод в свою очередь был достигнут от другого факта, основанного на выводе. Такой ряд выводов можно назвать формированием цепи. Процесс, наиболее необходимый для правильного размышления по частям доказательства, является анализом выводов. Когда мы проанализировали и получили несколько шагов сознательного рассуждения, тогда и затем только можем мы различать возможности ошибочного вывода. В каждом из этих шагов выведения вывода есть место для сомнения, и каждый из выводов опирается на заключение, которое, как предполагают, было достигнуто через предыдущий вывод. Только осторожным разбором неявных шагов вывода мы можем установить, что в остатке, и определить места для возможных сомнений.

Анализ видов доказательства и процессов доказывающего рассуждения позволил Вигмору выйти на методологическую проблему того, как проанализировать возможности доказательственного факта. «Из предыдущего анализа должно быть замечено, что существенная вещь, касающаяся подготовки к тому, чтобы оценить эффект доказательства, заключается в том, чтобы проанализировать точно вывод, предложенный в каждом случае. Каждый доказательственный факт предлагается для того, чтобы доказать *Probandum*. Мы знаем, что в большинстве случаев он, возможно, не полностью доказывает. Поэтому необходимо по-

¹ См.: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* — P. 15.

местить его на свет и проанализировать его, чтобы увидеть то, что является его недостатками». Практически у этого анализа есть четыре шага. (а) Первый шаг для нас самих должен состоять в том, чтобы точно оценить, в словах, чем является предлагаемое доказательство, и затем, также точно, что является его воображаемым *Probandum*. Пока это не сделано, бесполезно идти далее. (б) Второй шаг надо записать, в словах, точно, что логические возможности для противника состоят в том, чтобы объяснить вывод в любой из последовательных стадий и оценить вероятности любого из них, являющегося более правильным, в подручном случае, чем вывод к нашему собственному *Probandum*. (с) Третий шаг должен исследовать очевидные вероятности для противника в том, чтобы иметь дело с вышеупомянутыми очевидными фактами. (д) Заключительный шаг состоит в анализе эффекта массы доказательственных фактов¹.

Аргументы субъекта доказывания подлежат оценке правоприменителем в большей степени, чем доказательства. Доказательства оцениваются только в ракурсе аргументов субъекта доказывания. Вместе с тем, российские юридические науки рассматривают оценку только доказательств, порой как часть доказывания, абсолютно абстрагируясь от сути (направленности) доказательства в процессе, его значимости в доказывании конкретного субъекта. Понимание доказательства как подтверждения либо отрицания факта, несущего на себе юридическое значение для разрешения дела (юридические факты), не отражает сути предназначения доказательства в процессе, его обосновательного значения в отношении аргумента и тезиса, выдвинутого субъектом².

Данное высказывание верно в той мере, в какой под доводом понимается «техническое доказательство», то есть суждение, основывающееся не на фактическом материале дела, а иных положениях. В то же время нельзя не согласиться с тем, что в силу

¹ См.: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* – P. 19, 20.

² См.: *Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения.* – С. 308.

указанных выше причин, прежде всего, большего присутствия в доводе субъективного начала, если можно так сказать, партийности, по сравнению с собственно источником доказательства, положенного в его основу, доводы должны оцениваться критически, оптимально – в сравнении с контрдоводом.

Правовая позиция субъекта предполагает наличие тезиса, выдвигаемого субъектом доказывания для истолкования юридических фактов предмета доказывания по делу и его последующее (подчас правовое) обоснование. Причем версия и тезис неразрывны. Соответственно цельным должно быть и обоснование. Любое доказывание субъекта предполагает выдвижение собственных тезисов либо оспаривание тезисов, выдвинутых процессуальным противником.

Выдвинутый к доказыванию субъектом тезис (тезисы) есть толкование юридических фактов – предмета доказывания, и доводы в его обоснование образуют версию данного субъекта доказывания. Версия (версии) субъекта доказывания предопределена выдвинутым и доказываемым субъектом тезисом (тезисами). В Словаре русского языка версия толкуется как одно из нескольких, отличных друг от друга изложений или толкований какого-либо факта или события¹. В доказывании субъекта версия – это вариант спорного факта в толковании этого субъекта доказывания².

В криминалистике и уголовно-процессуальной науке указывается, что по своей логической природе версия является разновидностью гипотезы. Основанием для построения версии являются доказательства, имеющиеся в наличии у данного субъекта доказывания (либо которые он рассчитывает получить в будущем – но такой подход связан с процессуальным риском). В зависимости от версии имеющиеся доказательства выстраиваются субъек-

¹ См.: Словарь русского языка: В 4 т. / Глав. ред. А.П. Евгеньев. – 2-е изд. – М., 1985. – Т. 1. – С. 152.

² См., например: Амосов С. Пределы судебного познания в процессуальном праве // Российская юстиция. – 2001. – № 1. – С. 34–35; Сырых В.М. Теория государства и права. – М., 2001. – С. 280.

том доказывания в систему – основу доказывания правовой позиции субъекта. Именно в версии субъекта доказывания доказательства обретают систематизированное значение.

Свидетель должен давать факты, если на перекрестном допросе рассказ свидетеля подвергается разумному сомнению, то показания свидетеля становятся версией, предположением о том, что было. Если судебные допросы подтвердят достоверность сообщения свидетеля об известных ему обстоятельствах, то данное доказательство можно использовать в качестве факта-2 для аргументации своей позиции и установления основных фактов и иных имеющих значения для правильного разрешения уголовно-правового спора фактах.

Затронем опять проблему *вероятности* – через призму понятия «довод». Довод – это основанное на фактах суждение лица, посредством которого оратор в суде аргументирует справедливость, обоснованность, законность своих правоприязаний или утверждений. Довод направлен на убеждение данной аудитории, поэтому он может трактоваться и как судебное доказательство, и как риторическое средство убеждения.

По словам Г. Гернета, доводы – средства порождения убеждения, основанные на разумном балансе недостаточности и избыточности информации¹. Гибкость довода как нельзя лучше служит приспособлению его к нуждам убеждения. Надо подчеркнуть, что аргументы, используемые в суде, могут быть диалектическими (рассудочными), могут быть риторическими (психико-эмотивными) и очень редко – формально-логическими силлогизмами.

Аристотель называл доводы вероятными изобретениями для уверения. Доводы чаще всего бывают энтимемами – «риторическими силлогизмами»². Это заключение, основанное на том, что

¹ Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 200.

² В современной логике с «энтимемой» связывается другое значение: разновидность композиции аргумента, неполный силлогизм, в котором опускается большая посылка. Поэтому считается, что *композиции доводов* представляют собой, с точки зрения словесно-мысленных форм, силлогизмы и энтимемы.

вероятно, что возможно, что бывает. По Аристотелю, энтимема есть «силлогизм из вероятного или из знака»¹. Он вполне осознал недостаточность формально-логических схем применительно к объяснению природы риторического аргумента, как логическую форму вероятностного типа, связанную с «топосами» конкретным смысловым содержанием.

М.Ф. Квинтилиан писал, что «из всех доказательств иные суть очевидны, иные вероятны, иные не совсем противны. При том, что все они выводятся четверояким образом, как-то: или из того, что одно существует, заключаем, что другое не существует...; или из того, что одно существует, заключаем, что существует и другое...; или из того, чего нет, заключаем, что другое есть»². «Для правильного довода оратору потребно вникать в свойство и силу всех вещей и знать, какие действия чаще производит каждая из них. Отсюда рождаются три рода вероятностей. Первый самый благовидный и почти неопровержимый: отец любит своих детей. Другой не столь надежный: кто здоров ныне, доживет и до завтра. Третий еще слабейший и только лишь не невероятный: в доме сделалась покража, от того кого-нибудь из домашних подозревать»³.

По мнению М.Ф. Квинтилиана, все вероятия, из которых состоит наибольшая часть доводов, проистекают из предположения о том, что какой-либо вещи или человеку свойственно⁴. Он подчеркивает различие между доказыванием доводом, что чаще всего имеет место при доказывании преступлений, и несомнительною истиною⁵. Цицерон доводы также называл вероятными изобретениями для уверения⁶.

¹ Аристотель. Первая аналитика, 27. 2. 5.

² Квинтилиан М.Ф. Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 1. – Кн. 5. – С. 339–340.

³ Там же. – С. 345–346.

⁴ См. там же. – С. 346.

⁵ См. там же.

⁶ Цит. по: Ломоносов М.В. Краткое руководство к риторике на пользу любителей красноречия. – С. 154.

Л.Е. Владимиров писал: «Можно возразить, что следует судить по доказательствам, а не по общей правдоподобности случая. Но такое возражение основывается на предположении, что критерий правдоподобности есть произвольно вносимый момент в процесс образования убеждения. Но это совсем не так. Критерий правдоподобности – совершенно законный элемент, имеющий такое же значение, как и всякое доказательство вообще»¹.

Если логические доказательства основаны на аксиомах и, следовательно, истинны в формально-логическом значении, то доказательства диалектические, а тем более риторические исходят из общих допущений и, таким образом, не более чем правдоподобны. Диалектика образует смысловое основание действенной аргументации². Ведь она предполагает доказательство истины, уважение к оппоненту и применение силлогизмов. Так устанавливается принципиальная связь между риторикой, диалектикой и логикой³. Естественно, что логически правильная речь возможна только на этических условиях диалектики – совместного искания истины. Если отказаться от этого условия, то правила логики установить нельзя. Правильность мысли может быть установлена только анализом речи, целью которой является истина. Логика начинается с того, что устанавливает истинное или ложное в суждениях и тем становится наукой о правильной мысли⁴. Доводы, используемые в судебных спорах, как правило, это вероятные изобретения для уверения. Довод – это заключение, основанное на том, что вероятно. Система судебной аргументации разворачивается на основе предположения о вероятном и имеет своим предметом вероятное знание.

¹ Владимиров Л.Е. Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. – С. 103.

² По словам одного из создателей диалектики – Сократа, «того, кто умеет ставить вопросы и давать ответы, мы называем диалектиком».

См.: Платон. Кратил, 390c-d.

³ Хотя, как отмечается в специальной литературе, связи между логикой и речью были и остаются сложным предметом исследования.

⁴ См.: Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 123.

Формальная логика рассматривает только однозначные (достоверные) дедуктивные умозаключения, в частности – однозначные эквивалентно-категорические умозаключения. Многозначная эквивалентность и основанные на ней правдоподобные умозаключения входят в предмет не логики, а диалектики, если же учитывается и речевой аспект убеждения, то – риторики. Более всего объединяет риторику и диалектику то, что она ориентируется на получение вероятного знания. Ведь как уже неоднократно подчеркивалось, в суде за редким исключением невозможен точный расчет и измерение фактов.

Отличие риторического доказательства от диалектического состоит также в адресате аргументации, иногда говорят об *аудитории*, которой оно предъявляется. Риторическое доказательство направлено на убеждение данной аудитории в данном месте с целью побуждения ее к принятию конкретного решения. При этом диалектика обращена к разумному мнению, к некоему универсальному разуму. Она состоит в умении из противоречий извлекать убедительные аргументы и коренится в логике (хотя и не сводится к ней) и психологии. *Софистика*¹,

¹ Собственно софизмы – это нарушения законов логики, злоупотребление логикой. Смысл софистики как этики речи состоит в видимом следовании диалектике, но с *эристической* целью добиться выигрыша в споре. Софистика предполагает, доказывая, решить дело в свою пользу, ввести в обман и угодить, а также применять софизмы и силлогизмы. Наиболее распространены в судебной полемике такие софизмы и эристические уловки, как *потеря тезиса* – сознательное уклонение в сторону от доказываемой мысли с целью одержать несправедливую победу над оппонентом; *изменение тезиса* – софизм, в котором оратор не отказывается от тезиса, а, наоборот, придерживается его, меняя при этом его содержание (разновидности этого софизма: сужение или расширение тезиса, смягчение или усиление тезиса, внесение в тезис условий или оговорок (или их исключение)); *умножение довода* – представление одного и того же аргумента в разных лингвистических конструкциях таким образом, чтобы создать видимость наличия не одного, а множества аргументов; *ложный довод* – сознательное искажение истины в аргументе; *произвольный довод* – довод, не связанный с тезисом доказательства, или такой аргумент, достоверность которого не установлена; *субъективный довод* – ложный довод, заимствованный из сознания собеседника, оппонента.

*эристика*¹ являются более рафинированными речевыми формами (как с точки изобретения смысла, так и речи), но самое основное – менее связаны нравственным императивом достижения истины по делу.

Стороны используют в своих речах эристические или диалектические доводы, и бывает зачастую достаточно трудно в ходе судебных дебатов отличить диалектическую аргументацию от психолингвистических уловок, тем более, что по виду и строению они одинаковые. Но самое главное невозможно гарантировать соблюдение каждым из аргументаторов императива стремления к истине и справедливости².

¹ Эристика как искусство спора предполагает выигрывание его независимо от того, какими средствами ведется спор, цель речи здесь – любыми средствами утвердить свое право на поступок и оставить за собой окончательное суждение. Эристика – это диалог вне диалектических правил. Она основана на практической этике. Эристика предполагает преследовать свою пользу, презирать оппонента и не считаться с силлогистикой. Она хранит в себе пафос убеждения при отсутствии строгих аргументов, тогда как диалектика требует строгой аргументации. Приемов эристики много, но принципы у них однородны: не дать другой стороне и суду закономерно и последовательно развить мысль, чтобы дело полностью прояснилось, а вместо этого утвердить свой интерес, сорвать коммуникацию. К числу некорректных доводов относят «зажимание рта», «призыв к родовому», «палочный довод», «чтение в сердцах», инсинуацию, «навешивание ярлыка», грубые имена, оскорбления, клички, «шок», выведение из равновесия, уловку синдрома Стефана Блаженного, «укус гадюки», уловку авторитарного стиля и др. Класс «позволительных» психологических приемов словесного состязания более обширный: «ахиллесова пята», уклонение от ответа, уклончивый ответ, уловка витиеватости, уловка обещаний, уловка проволочек, отвлечение (трансдукция) внимания, уловка «перетасовки карт», «довод к человеку», «довод к публике», риторическая уловка Горгия (серьезный ответ на шутливый вопрос и наоборот), уловка комизма (комическое пародирование, насмешливое перефразирование), уловка ошеломления, «ставка на ложный стыд», «подмазывание аргумента» и др. Все эти уловки этически нейтральные. Все зависит от цели их использования. Они могут превратиться в *изоцрненный довод*, то есть такой прием убеждения, искусственную природу которого трудно оперативно выявить и соответствующим образом отреагировать на него.

² Как бы этого не хотели некоторые ученые.

См.: *Агутин А.В.* Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании. – С. 163 и след.

Хотя в суде аргументация, безусловно, апеллирует к разуму судьи. Процессуальный закон предполагает рациональную, бесстрастную деятельность и всячески избегает любых указаний на возможность проявления эмоций, предубеждений; это видно даже из скульптурного изображения Фемиды. Вследствие этого диалектическая аргументация – наиболее действенная или, по крайней мере, наиболее поощряемая законом. «Диалектическое... умозаключение – это то, которое строится из правдоподобных (положений)»¹. Диалектика состоит в умении из противоречий извлекать убедительные аргументы. *Диалектическая аргументация* основана на духовной этике, правила которой противоположны правилам эристики. Они состоят в том, что участники диалога совместно ищут истину. Диалектические доводы должны быть построены на «объективном знании», то есть на фактах. Начальным звеном цепи доводов является установленный судом с участием сторон *факт*. Какой бы ни была цепь умозаключений, отправным пунктом не искусственного, диалектического довода является, по нашему мнению, *факт-2*.

Приведение сведений, допустимых в качестве средств доказывания, (фактов) составляет суть диалектической аргументации². Пафос диалектического рассуждения требует: а) держаться одного и того же смысла терминов в процессе всего рассуждения; б) не изменять темы обсуждения; в) не пропускать фактов, относящихся к теме обсуждения, все факты должны быть рассмотрены; г) не допускать эмоционального давления на оппонента; д) не опровергать оппонента иначе как в интересах истины и терпеть неудобные суждения; е) не подходить к делу предвзято³. Используемые в доказывании аргументы должны отвечать следующим условиям: 1) в роли аргумента может выступать только тот факт, достоверность которого установлена судебным следствием; 2) аргументы должны быть достаточными для выведения умоза-

¹ Аристотель. Топика, 100b 30.

² См.: Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 121.

³ См. там же.

ключения; 3) между аргументами не должно быть противоречий; 4) достоверность аргумента должна быть установлена независимо от тезиса доказательства.

Первым средством диалектической аргументации является сообщение общезначимых фактов или примеров. Ю.В. Рождественский говорит об этом так: «Подбор примеров – основа сбора материала для подготовки речи, выбор и распределение примеров – основа расположения речи, основа ее композиции. Объяснение примеров – основа доказывания. Тип примеров и его место в композиции – главное средство эмоционального влияния речи»¹. *Пример* – семантически сложная категория. Простейшим видом примеров является пример – сообщение о событии, удостоверенном очевидцами и заслуживающими доверия источниками. Это фактографический пример². В нашей интерпретации это факт-2. Это сообщение, суждение о том, что было, есть, вероятная констатация какого-то состояния.

Очевидно, с определенными оговорками можно говорить и том, что в судебном доказывании используются и так называемые научные примеры. «Содержание научного примера состоит из поведения объекта в эксперименте со строго заданными условиями или из возможности каждому убедиться в том, что данный факт имеет в указанном месте прочное существование»³. Следственный эксперимент, проведенный в зале судебного заседания, видимо может претендовать на статус «научного примера», но надо иметь в виду *значительный люфт*.

Таким образом, в целом для судебной аргументации характерен диалектический, основанный на фактах-2 тип разработки доводов. Извлекается факт, и он интерпретируется с использованием прежде всего законодательных, научных источников, и изредка – гипотетическими примерами. «В устном диалоге факты (фактографические примеры) при интерпретации требуют при-

¹ Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 284.

² См. там же. – С.122.

³ Там же. – С. 124.

меров-текстов, научных и гипотетических примеров. Фактографические примеры тем самым истолковываются другими типами примеров, переходы от фактографических примеров есть рассуждение – доказательства и опровержения. [...] Так построены тексты, главная цель которых заставить аудиторию принять решение и перейти к действиям»¹. Ссылка на законодательный акт – наиболее сильный аргумент в доказывании субъекта. Но юридической особенностью является доказывание соотношения закона и факта – суть спора процессуального. Именно применение закона к факту и доказывается субъектами².

Судебный довод (диалектический) – это суждение аргументатора, основанное на факте, выявленном в результате судебного следствия. Впрочем, гипотетический пример или умственный эксперимент также возможны как основания аргументов, но их применение в суде редко. Гипотетические примеры могут служить для обоснования рассуждения о вероятности, справедливости.

Фактическая основательность довода проявляется в том, что если достоверность его основания ставится под сомнение, оспаривается, то делается невозможным «выведение» / «доведение», то есть конструкция рушится. Требуется восстанавливать фундамент. Как пишет Рождественский, сам замысел речи, ее пафос зависят от позитивного решения вопроса, которое невозможно без объективного знания³. В связи с этим в случае если приводится довод, с которым убеждаемый не согласен, нужно будет доказывать истинность самого этого довода, а потом уже опираться на него при доказывании тезиса, либо искать другой, более «удачный» довод. Поэтому-то, как уже указывалось, доводы сторон сами являются предметом оценки (как и остальные моменты правовой позиции субъектов доказывания)⁴.

¹ Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 285.

² См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 99.

³ См.: Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 122.

⁴ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 308.

Итак, мы отметили, что аргументация может состоять и из эристических, и диалектических доводов. По словесным и смысловым фигурам эристические или диалектические фигуры не различаются. Каждый довод может внутри себя содержать энтимему, то есть силлогизм с подразумеваемой посылкой. Имеет смысл рассмотреть более пристально понятие риторического силлогизма.

«Риторический силлогизм», которым может быть довод, это также вероятностная версия логического силлогизма. Он содержит обобщающее предположение, которое является основанием всего логически выведенного рассуждения от косвенных улик до версии. Как указывает П. Мерфи, сущность обобщения, заключенного в риторическом аргументе, состоит в факторе частоты $\{f\} = \text{всегда/обычно/часто/иногда/время от времени/редко/никогда}$, указывающем возможные степени вероятия, с которым общество (универсальная аудитория) могло бы принять как правильное данное суждение. Это обобщение является вероятностным, а никак не абсолютным, и не может выступать как главная предпосылка логического силлогизма (все мужчины смертны; Сократ – человек; поэтому Сократ смертен)¹.

Обобщение может использоваться как главная посылка риторического силлогизма для выведения вероятного вывода: люди $\{f\}$ выполняют свои угрозы; X угрожал убить Y; поэтому Y убит X. Но ведь нельзя с абсолютной уверенностью распространять этот вывод на всех людей. Не все люди выполняют свои угрозы. Большая посылка, так же как малая, должна быть доказана, и сила обобщающего суждения будет зависеть от ценности, которую судьи (присяжные заседатели) готовы придать $\{f\}$.

Довод может привести только к вероятному знанию, поскольку сам факт, который выступает его малой посылкой, в свою очередь не может быть верифицируем до абсолютной степени точности. Как отмечает Ф. Велман, опыт приводит к заключению, что громадное большинство дел построено на нескольких главных, бесспорных фактах, которые окружены множеством других – незна-

¹ См.: *Murphy P. An Introductory Essay.* – P. 8.

чительных; и что сила той или иной стороны в деле зависит не только от прямых свидетельских показаний, относящихся к одним только этим принципиальным фактам, но и от «поддержки, даваемой им вероятностями, возникшими путем установления и развития отношения этих малозначительных фактов по делу»¹.

Исходя из анализа известных нам зарубежных источников можно указать на три специфических свойства судебной аргументации: 1) нарративность, то есть роль рассказа или рассказывания историй, в процессе установления судебных фактов; 2) транзитивность; 3) психологичность, то есть действие определенных психологических эффектов. Каждый из этих моментов свидетельствует о психолингвистическом своеобразии доказательств и доказывании в суде, что обусловлено природой человека и общества².

*Нарративность*³. Судебное доказывание – это повествование, рассказывание или, можно сказать, представление (перформанс) того, что было в действительности или выдается за таковую. Аристотель был первым, кто предложил схему нарративного понимания как построения интриги. Этот же подход демонстрировали и другие античные авторы. Так, М.Ф. Квинтилиан писал: «Да и какая разница между доказательствами и повествованием? Только та, что повествование есть непрерывное приготовление к изложению доказательств, а доказательства опять составляют приличное повествованию подтверждение»⁴. Он полагал, что «в делах же, догадкам и сомнению подлежащих, повествование имеет часто предметом не столько само дело, сколько обстоятельства, к объяснению оно служит. Что мешает собирать

¹ Wellman F.L. The art of cross-examination. – P. 168–169.

² См.: Murphy P. An Introductory Essay. – P. 11–20.

³ *Нарративность* (narrativity – от лат. *narratio*, буквально – рассказ, повествование) – это категория, выражающая представление о виртуальном существовании схемы (нарративной), которая управляет всяким повествовательным дискурсом, судебным в том числе. В науке имеются и другие аналоги этой категории, что не суть важно. Важнее признание того, что существует некая структура, схема, которая воплощает особенность коммуникативного взаимодействия в определенной социокультурной сфере и несет на себе прагматический отпечаток.

⁴ Квинтилиан М.Ф. Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 2. – С. 278.

многие доводы и излагать их один за другим, если это выгодно? Что мешает и обещать, что мы приведем еще сильнее на другом месте? Почему и не разделять повествования, не присовокуплять доводов к каждой части и таким образом переходить от одной к другой?... Повествовать так, как нам полезнее... Прибегать ко многим фигурам»¹. На этот же момент обращает внимание и У. Бест: «Есть две вещи, которые никогда не должны теряться из виду при оценке доказательств любого вида: ...последовательность различных частей повествования»².

Следовательно, существуют заложенные в нас воспитанием схемы понимания, которые выступают своего рода концептуальной основой оценки речевых сообщений как правильных или неправильных. Понимание функционирует практически, подчиняясь не только законам логической последовательности, но основываясь на культурном опыте освоения реальности, данным нам в повествовательной форме. Мы приучены культурой к тому, чтобы оценивать описание людьми прошлых событий согласно некоему представлению о «полном рассказе». Доказано существование *схематизма нарративного понимания*³, который составляет дорациональную интеллигибельность, предпосылку любой интеллигибельности. Так, П. Рикер утверждает, что рациональность основывается на нарративном понимании, присущем созданию и восприятию нормы, ибо она постоянно заимствует что-то у этого понимания, чтобы конструировать саму себя⁴.

«Процесс рациональных рассуждений, можно сказать, рационален только в известных границах, за которыми расплывается само

¹ Квинтилиан М.Ф. Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 2. – С. 280.

² Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 14.

³ Схематизм мышления был предметом исследования русских формалистов. В этом плане классическим произведением считается работа В. Проппа «Морфология русской волшебной сказки», где говорится о том, что число персонажей и функций в волшебной сказке ограничено, они повторяемы; набор сюжетов ограничен.

См.: Пропп В.Я. Морфология русской волшебной сказки. – М., 2007. – С. 9–11.

⁴ См.: Рикер П. Время и рассказ: В 2 т. – М.; СПб., 2000. – Т. 2: Конфигурация в вымышленном рассказе. – С. 46.

понимание рациональности и усиливается потребность в таких механизмах организации и упорядочения сознания, которые основаны на вере или нуждаются в минимальном обосновании вероятностного типа»¹. В условиях конфликта, столкновения противоположных позиций при понимании реальности, когда все становится спорным и сомнительным, возможна игра словами, «словесная перебранка», в этих условиях зачастую для организации аргументации требуется создание сюжетно-композиционной структуры, которая служила бы основой объяснения фактов в данном контексте. А.Ф. Лосев указывает на то, что «топологическая логика есть не что иное, как эстетика развертывания сюжета»². По поводу сюжета Ю. Лотман отмечает: «Сюжет представляет собой мощное средство осмысления жизни... Выделение событий – дискретных единиц сюжета – и наделение их определенным смыслом, с одной стороны, а также определенной временной, причинно-следственной или какой-либо иной упорядоченностью, с другой, составляет сущность сюжета»³.

Исходная позиция «незнания» есть необходимое условие и начало развертывания сюжета любого дискурсивного повествования. Важно подчеркнуть, что под «рассказом» не имеется в виду придумывание, а тем более преувеличение. Здесь подразумевается просто то, что дело, поддержанное доказательством, представлено когерентно, и для большинства из нас когерентность (связность) означает полный рассказ.

Очевидно, что «хороший рассказ» об обстоятельствах дела (что равнозначно убедительности позиции), которые выслушивают в суде присяжные, не является зеркальным отражением реального события⁴. В нем есть сущность (психолингвистическая), которая более значима для говорящих и слушающих, чем сам

¹ Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 127.

² Лосев А.Ф. История античной эстетики. – М., 1975. – С. 719.

³ Лотман Ю.М. Внутри мыслящих миров. – С. 238.

⁴ С того момента, как возникает знак (то есть изначально), у нас нет никакого шанса встретить где-то «реальность» в чистом виде, «уникальную» и «самобытную».

См.: Деррида Ж. О грамматологии / Пер. с фр. – М., 2000. – С. 230.

объект, ставший «предметом» рассказа. Наррация предполагает наличие общего принципа *организации интеллигибельности*, которая предшествует человеческой коммуникации, *коммуникативной компетенции*. В любом общении постоянно возникает напряженность и возвращение к равновесию, что вписывается в рамки молчаливых соглашений. Сущность «настоящего рассказа» в том, что у него есть начало, середина и конец, которые имеют связные отношения друг с другом и которые формируют ясную линейную прогрессию. Если в рассказе есть элементы, которые необъяснены или неясны, рассказ становится менее вероятным. История должна соответствовать укоренившимся верованиям об обычных причинах и следствиях в человеческих делах, она должна быть основана на разумных обобщениях относительно развития событий.

В конечном счете убедительность рассказа зависит от риторического навыка изложения «правильной истории»¹. Всякое доказывание будет считаться истинным, правдивым в той мере, в какой оно сообщит нам то, что мы уже знали. В конце-концов «рассуждение приходит к анализу собственных предпосылок субъекта, его системы ценностей, форм означивания и тем самым “самого себя”»².

Судебное доказывание есть по сути узнавание того, что уже было известно, то, что суд готов признать истинным. Более того, в разуме судьи существует и предуготовленность квалифицировать нечто как ложь. В общем, чтобы быть истинным или ложным, надо находиться в некоем поле узнаваемости, создаваемом отношениями власти-знания³. Все мыслимые на основе здравого рассудка смысловые варианты в диапазоне от вероятного до невероятного, истины / лжи лежат в горизонте, определяемом языком. Чтобы быть истинным и ложным, надо находиться в мыслимом. Немыс-

¹ См.: *Murphy P.* An Introductory Essay. – P. 8–9.

² Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 127.

³ См.: *Александров А.С.* Назначение уголовного судопроизводства и наказания / А.С. Александров, И.А. Александрова, И.В. Круглов. – С. 111.

лимое не может быть постигаемо речью судебной. Здравый рассудок, совесть, которые ведут судью по пути истины к тому смыслу, который выработан по жанровым схемам, узнавание «знакомого» сюжета – в этом состоит эффект правдоподобия¹.

Американские исследователи отмечают, что судебное разбирательство в значительной своей части разыгрывается как пьеса. Осуществляя судебные действия, участники действуют как актеры. Судебное разбирательство имеет внутренний конфликт, который дает развитие драматическому действию: конфликт двух версий реальности. Драматизм проявляется в конфликтных ситуациях столкновения интересов, желаний при производстве перекрестного допроса и других действий. Судебная тяжба по уголовному делу является драмой потому, что в ней решается судьба².

Если уголовный закон вводит негативность как таковую, то в ходе судебной драмы эта негативность через комментирование события прошлого и переживается аудиторией как реальная борьба в настоящем времени³. При том, что право берет на себя функцию регулирования поведения участников процесса, сама драматургия спектакля, который разыгрывается на судебных подмостках, заложена в формате жанра, через который происходит называние и узнавание зла, переживание противоречивых чувств сострадания, ужаса, мести и пр.

Интрига разыгрываемой в суде драмы, ее сюжетные ходы, роли участников и прочее узнаются аудиторией как действительные и вызывают реакции, подобные жизненным. В то же время судебная драма корректирует эмоции пониманием происходящего с точки зрения того целого, в котором находится аудитория, то есть универсума идеологии, этики.

¹ См.: Эко У. Заметки на полях «Имени розы» // Иностранная литература. – 1988. – № 10. – С. 104.

² См.: Danet B. Fixed fight or free-for-all? An empirical study of combativeness in the adversary system of justice / B. Danet, B. Bogoch // British journal of law and society. – 1976. – № 7. – P. 37–38.

³ См.: Александров А.С. Назначение уголовного судопроизводства и наказания / А.С. Александров, И.А. Александрова, И.В. Круглов. – С. 115.

Так называемое внутреннее убеждение судьи фундаментальным образом предопределено уже сформированной системой ожиданий по поводу того, что и как должно говориться по уголовному делу, системой молчаливых конвенций по поводу того, как отличить ложь от правды. Обсуждение любого преступления может стать неисчерпаемой темой, однако, становясь предметом конкретного судебного разбирательства, оно оказывается объективно ограничено неким разговорным форматом, который позволяет говорящим договориться относительно решения, принимаемого за правильное. Речь в суде, то есть звучание или написанные знаки, наделяются смыслом и формой потому, что основаны на культуре, усвоенной на подсознательном уровне. Интеграция в определенное поле рациональности происходит бессознательно, по определенным схемам, моделям.

В уголовном процессе истине чаще всего несвойственна прямая очевидность, но она всегда выкристаллизовывается в процессе коммуникативного, диалогового участников доказывания. Так что сам процесс установления и обоснования истины есть процесс, включающий в себя моменты и логической структуры, и ценностно-смысловой, он образует сюжетно-композиционные формы развертывания в пространстве доказательного движения.

Транзитивность. Термин транзитивности означает тот давно замеченный факт, что всякий раз, когда репутация свидетеля или хотя бы часть его показаний укрепляются или ослабляются благодаря внешнему воздействию в отношении вероятности, то эта поддержка или ослабление затрагивает не только этого свидетеля или часть доказательства, но и других свидетелей и части свидетельства, а потенциально и все дело.

«Авторитет есть нечто цельное, как заговор, — отмечал В.Д. Спасович. — Раз в одном пункте его провалить, он провалится и во всей своей целостности»¹. На существовании этого феномена основано искусство перекрестного допроса².

¹ Спасович В.Д. Сочинения: В 7 т. — СПб., 1890. — Т. VI. — С. 196.

² См.: Александров А.С. Перекрестный допрос в суде / А.С. Александров, С.П. Гришин. — С. 140.

С позиции логики выявившаяся в суде порочность одного доказательства или даже части доказательства не должна влечь за собой негативных последствий для всего дела, которое им должно было поддерживаться. Если другой свидетель или остальная часть доказательства не находятся в некотором роде логически зависящими от опороченных сомнениями в недостоверности данных, то они вроде должны сохранить свою убедительность и силу. Но в суде получается все наоборот. Если один свидетель серьезно дискредитирован, дело, в пользу которого он давал показания, может быть проиграно. Инфекция будет распространена на остальную часть дела почти так, как будто целостность самого дела была полностью подорванной. Свидетели, которые не имеют никакого отношения к испорченному свидетелю, с большой степенью вероятности обнаружат, что их показания воспринимаются с подозрением. Наоборот, раз свидетель был воспринят как лицо, заслуживающее доверия, а его показания – как объективные, то эффект от представления его показаний будет распространяться на все аспекты дела (даже те аспекты, с которыми свидетель не имеет ничего общего), которые, возможно, иначе казались бы намного менее привлекательными. Кто-то может предположить, что случаи транзитивности просто примеры людей, попавших в присяжные заседатели, которые имеют предубеждения и поэтому проявляют предвзятый подход к одной из сторон, которая им нравится больше всего. Но транзитивность фактически намного более сложное явление, чем случайная симпатия, она имеет свои корни. Ф. Велман говорил: «Все свидетели склонны к преувеличению или преуменьшению фактов, о которых они дают показания»¹. И далее: «Редко бывает, что человек приходит в качестве свидетеля в суд, будучи таким искренним и прямодушным, что будет давать показания одинаково полно и благоприятно как в пользу одной стороны, так и в пользу другой. Представляется чрезвычайно важным отметить то, что все мы имеем эту тенденциозность, когда однажды идентифицируем се-

¹ *Wellman F.L.* The art of cross-examination. – P. 21.

бя со «стороной» или делом, чтобы принимать все ее требования, как свои собственные»¹.

Таким образом, транзитивность не связана с отношениями логической зависимости. Транзитивность означает своего рода психическое заражение «симпатией» или антипатией судьи к стороне, которая в конечном счете предопределяет его оценку доказательств. Здесь мы имеем дело с давно отмеченным явлением, что дело стороны неделимо, что каждая сторона составляет «команду» людей, работающих вместе, и что любое предложение о том, что один член команды не заслуживает доверия, работает на теорию, что команда в целом не вызывает доверия. Отсюда, кстати, и различия между прямым и перекрестным допросами, которыми исследуются соответственно показания «своих» и «чужих» свидетелей, как по предмету, задачам, так и тактике проведения.

Наверное, и нарративность, и транзитивность, составляющие концептуальную организацию механизма наведения, убеждения судей (присяжных), входят в широкую область (хотя и не исчерпывают ее), которую можно условно назвать *психологические эффекты судебного доказывания*.

Психологические факторы неизбежны в судебном процессе. Заметим, что под психологическими факторами не подразумевается просто любая эмоциональная реакция судьи по поводу того или иного доказательства или к манере его представления (хотя это, конечно, важно). Имеется в виду в первую очередь психологический (бессознательный) компонент, который неизбежно вовлечен в оценку вероятностных проблем, с которыми неразрывно связано исследование человеческого поведения. «Воля есть дело сомнительное», – писал М.Ф. Квинтилиан². Подтверждений фактору психологичности судебного доказывания существует достаточно много, о чем будет говориться в параграфе, посвященном аргументации.

¹ *Wellman F.L.* The art of cross-examination. – P. 161.

² *Квинтилиан М.Ф.* Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 2. – С. 12.

Мы уже отмечали, что ввиду психолингвистической составляющей доказывания учет психологических эффектов обязателен при обосновании своих требований к суду. Ввиду отмеченного психологизма он становится важнейшим моментом в построении тактики доказывания. Внешняя оболочка смыслового содержания, от которой по многом зависит смысл – речь. Если она нравится, если легко воспринимается мысль, то аргументатор имеет больше шансов убедить судей в достоверности доказательств и своих доводов.

Подтверждений фактору психологичности судебного доказывания существует достаточно много. Так, всем судебным деятелям издавна известно, что любая аудитория наиболее восприимчива к тому, что она слышит в начале и в конце речи. На макроуровне эти «первенство» и «новизна» могут быть обнаружены в том преимуществе, которым обладает сторона, которой положено делать первое вводное утверждение и последнее опровержение. На микроуровне события, которые имеют место вначале и под конец каждого судебного заседания, производят самое сильное впечатление. Так, Браун пишет: «В ходе перекрестного допроса всегда ищи высший пик, на котором производи решающий удар (если есть такая возможность), и после этого садись на свое место. Не спускай глаз со своих часов, потому что всегда лучше на перерыв уйти с хорошей концовкой (которая оставит впечатление на присяжных), как в конце раунда. А в некоторых делах полезно иметь перерыв для ночного отдыха, чтобы на следующий день продолжить дальше перекрестный допрос. Старайся сделать лучший выстрел как раз перед окончанием заседания»¹.

Близко связано с этим такое явление, как порядок, в котором доказательства представлены: он может влиять на убедительность доводов в целом. Общепринятым является правило: не начинать со слабых аргументов. М.Т. Цицерон в связи с этим указывал, что поступить так, значит обманывать ожидания слушате-

¹ *Brown P.M.* The Art of Questioning. Thirty Maxims of Cross-examination. – New York; London. – 1987. – P. 58.

лей. Классические рекомендации раторов сводятся к тому, чтобы размещать самые сильные доказательства в начале и конце, а слабые – в середине. Хотя М.Ф. Квинтилиан писал: «Что касается до обвинителя, я не совсем согласен с Цельсом, который без сомнения следовал Цицерону. Он непременно хочет начинать всегда с доводов сильных и самыми убедительными оканчивать, слабейшие же помещать в середине между ними; поскольку при начале надлежит тронуть судью, а при конце уже совершенно утверждать в нем впечатление в нашу пользу. Защитник же должен по большей части начинать опровержением важнейших показаний против виновного, дабы судья, предубеждаясь в начале, не охладел к последующим статьям оправдания. Однако сей порядок может перемениться, когда легчайшие обвинения будут явно ложны, а важнейшие опровергнуть будет труднее: тогда, чтобы отнять прежде у судей доверие к обвинителю, приступаем к последним, раз судии все прочее почтут необходимым. В таком случае потребно предуведомление, почему не говорили мы доселе о возведенном преступлении, и притом обещание, что отвечать на оное не применим на своем месте, дабы не показать, что, отлагая то, страшились сильных возражений»¹.

Основной вопрос, стоящий пред субъектом доказывания при разработке аргументации, это – в каком виде представить дело суду². Общая система развертывания доказательств по делу определяет то место, где довод защиты оказывается наиболее действенным³. Расположение доводов бывает дедуктивным и индуктивным. Дедуктивное расположение характерно, когда надо ответить на вопрос: что это? Индуктивное расположение характерно для рассуждений, которые отвечают на вопрос: как сделано? как надо сделать? как совершилось? Дедуктивное расположение сочетает силлогизмы и энтимемы в большие композиции. Чаще всего в судебной речи применяется индуктивное расположение.

¹ *Квинтилиан М.Ф.* Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 2. – С. 7.

² См.: *Гаррис Р.С.* Школа адвокатуры. – С. 28.

³ См.: *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 227.

Дедуктивное расположение применяется реже. Подбор аргументов, их композиция, порядок их представления могут влиять на убедительность доводов в целом. Это важнейшая закономерность аргументации. По словам М.В. Ломоносова, «расположение есть изобретенных идей соединение в пристойный порядок... ибо что пользы есть в великом множестве разных идей, ежели они не расположены подлежащим образом?» Композиция, по его мнению, есть основа стиля, которая контролирует риторическое изобретение: «И ежели в теле человеческом какой член свихнут, то не имеет он такой силы, какую действует в своем месте»¹.

Необходимо оценить и силу аргументов, которыми располагает оратор. Причем эта сила зависит не только от логической убедительности и достоверности фактов, имеет место искусственный момент, позволяющий повышать их совокупную убедительность. Выделяют следующие виды аргументов:

а) *исчерпывающие*. Это самые сильные аргументы. Исчерпывающий довод полностью доказывает тезис. Он определяет стратегию нападения, обеспечивает убедительную победу;

б) *главные аргументы*. Они предъявляются постоянно, при любом случае. Их любят повторять, варьировать, оформлять в понятийной и образной форме, украшать афоризмами, иносказаниями, аналогиями. Их мощь умножается с помощью риторической фигуры повтора – софистическая уловка «умножение довода»;

в) *спорные аргументы*. К их числу относятся такие доводы, которые при желании могут быть истолкованы двояко: и «за», и «против» доказываемой точки зрения. Спорные доводы – это, по образному выражению, «слуги двух господ», то есть они в наибольшей степени подвержены альтернативному объяснению и выведению иного вывода. Поэтому эти доводы требуют осторожного обращения – они могут использоваться соперником в свою пользу. С помощью приема «бумеранга» можно существенно ослабить позицию соперника;

¹ Ломоносов М.В. Краткое руководство к риторике на пользу любителей красноречия. – С. 293.

г) *запасные аргументы*. Так называются аргументы, оставленные на крайний случай. Для достижения победы их роль существенна. Это сильный аргумент, который призван защитить позицию на тот случай, если противник в конце спора неожиданно предпримет дополнительную атаку в расчете на то, что соперник исчерпал свои возможности и окажется перед последней атакой безоружным. Такой довод заранее готовят на случай подобной ситуации.

Теорией рекомендованы три порядка, основанные на силе аргументов: 1) порядок, когда сила аргументов возрастает, 2) порядок, когда сила аргументов уменьшается и 3) *несторианский* порядок, где начинают и кончают наиболее сильными аргументами, оставляя другие (менее сильные) в середине. Сказать, какой из них лучше, трудно.

Недостаток возрастающего метода в том, что, начиная с самых слабых аргументов, оратор раздражает аудиторию, ухудшает впечатление о себе, наносит вред престижу и вниманию, которое ему уделяется. Уменьшающийся порядок, заканчивающий речь наиболее слабыми аргументами, оставляет у слушателей плохое впечатление, которое часто является единственным, о чем они вспоминают. Вот почему большинство ораторов предпочитают несторианский порядок. Х. Леммерман пишет: «Часто мы располагаем различными сильными доказательствами. Нужно применить сильное вначале, затем то, что послабее (если вообще пользоваться им), а напоследок приберечь убойное. Античное правило о постепенном наращивании силы доказательств представляется в настоящее время неприемлемым. Оно психологически неверно. Слушателю надо сразу предъявить яркий и конкретный аргумент, иначе он перестанет слушать. Наиболее трудные моменты следует разъяснить, чтобы аудитория не отстала от хода рассуждений»¹.

Как отмечал Л.Е. Владимиров, «система речи, произносимая после судебного следствия, должна заключаться в постепенном

¹ Леммерман Х. Уроки риторики. – С. 281.

изложении тех пунктов дела, от которых зависит исход дела. Это... практическая система важнейших кусков судебного следствия. Иногда лучшей системой будет отсутствие всякой системы. Ко времени речи сторон у прокурора, защитника и суда уже складывается мнение о деле, но оно еще не оформилось окончательно, не отвердело. Тут защитнику времени терять нельзя на соблюдение системы. Тут нужно решительно действовать, угадать, в чем заключается опора складывающегося мнения суда и подорвать ее или подкрепить по надобности»¹.

Субъекту доказывания надлежит быть логически последовательным и в представлении доказательств, и в развитии своей аргументации. Без этого его судебная позиция, его утверждения не будут даже понятными, не то, что убедительными. «Прокурору следует подумать, как сделать, чтобы... доказательства воспринимались слушателями в логической последовательности. Очевидно, в первую очередь целесообразно представлять присяжным доказательства события преступления, например, показания работников милиции или иных лиц, обнаруживших труп; протокол осмотра места происшествия и трупа; показания потерпевших из числа родственников погибшего, заявивших об исчезновении последнего, а затем опознавших труп и т. п. Затем исследуются иные обстоятельства, образующие объективную сторону преступления, данные о характере, степени и форме вины подсудимого. Наконец, обстоятельства, отягчающие и смягчающие ответственность, причины и условия, способствовавшие совершению преступления»². В выступлении перед судьей Р. Гаррис советует сдерживать свои рассуждения в более строгих рамках, чего требует неумолимая логика, при аргументации перед присяжными «поле рассуждений» шире³.

В отдельных случаях окончательные доводы-выводы эффективны, но в большинстве случаев остаются нерезультативными и

¹ *Владимиров Л.Е.* Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. – С. 173.

² Прокурор в суде присяжных. – М., 1995. – С. 48.

³ См.: *Гаррис Р.С.* Школа адвокатуры. – С. 342.

могут вызвать обратную реакцию. Поэтому в изложении доводов требуется крайняя проработанность и осторожность¹. В оперировании аргументами в ходе судебных прений надо избегать двух крайностей. Первая ошибка заключается в том, что доказательство приводится очень поспешно, недостаточно убедительно и эффективно. Ведь аргумент может быть сильным по содержанию, но невыразительным по исполнению. Не следует переходить к другому доводу в то время как аргумент «не отработан». Доказательство смазывается, становится неубедительным. Или в выступлении оратора имеет место противоречие: самый сильный довод подан бледно, остается как бы в тени, тогда как второстепенные аргументы или спорные доводы бросаются в глаза. Противоположный недостаток – «размазывание аргумента». Довод уже «отработан», надо продвигать доказательство дальше, а оратор излишне долго задерживается на одном и том же аргументе. Многословие, витиеватость, излишняя детализация лишают доказательства силы. Слабые доводы и слабая демонстрация – находка для соперника. Поэтому лучше отказаться от них вовсе, чтобы соперник не использовал их к своей выгоде.

Итак, композиция доводов, стиль, манера представления доказательств может увеличить силу аргументации или ослабить ее. В этом состоит ресурс, за счет которого может быть повышена эффективность аргументации. Работа с источниками доказательств при проведении следственных действий является аргументацией, основные моменты которой мы осветим в третьем параграфе второй главы данной работы.

¹ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 228.

Глава 2

Познание, понимание, доказывание и аргументирование в уголовном судопроизводстве

§ 1. Познание и понимание

Тако же и князь не самъ впадетъ въ вещь, но думци вводить.

Даниил Заточник

Основная цель, которую мы преследуем в данном параграфе, состоит в своего рода ревизии некоторых представлений относительно познания, осуществляемого в уголовном процессе и соответственно результатов его. Эти устоявшиеся в теории уголовного процесса представления пора не то что в корне менять, но существенно модернизировать. Первое, что мы считаем необходимым предпослать нашим последующим рассуждениям, состоит в указании на особое значение языка, которое он, по нашему мнению, имеет в познании, осуществляемом в уголовном судопроизводстве. По словам Б. Рассела, в языке наличествует два аспекта, две стороны – объективная и субъективная. Субъективная относится к психологии и основная категория ее – вера. Объективная сторона относится к логике; основная категория ее – истина¹. Считаем принципиально важным исследовать проблематику познания истины и понимания истинности в ходе производства по уголовному делу в лингвистическом свете.

¹ Цит. по: Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 150.

Второй момент. Мы исходим из того, что на область эмпирического познания, каковым является уголовно-процессуальное познание, программа логики не может быть в полной мере перенесена. Требуется добавление к теории доказательств, каковой собственно и является логика, процедур подтверждения, постулатов убеждения и пр. На роль дополнительного объяснения природы доказывания истины по уголовному делу может претендовать и герменевтика – в виде категории «понимание».

Так что мы намереваемся показать ключевые в методологическом плане категории: объект, субъект, методы познания не только в классическом плане, но с введением некоторых новых и, может быть, не привычных для отечественной уголовно-процессуальной науки категорий, взглядов, что неизбежно сопряжено с новыми мотивами и стилем изложения материала.

Надо заметить, что, как и в других отраслях познавательной деятельности, по поводу результативности уголовно-процессуального познания существует различие между скептиками и оптимистами. Одни исходят из тщетности усилий по выяснению подлинных обстоятельств дела в рамках юридической процедуры. Другие верят в то, что несмотря на объективные трудности получение в той или иной мере достоверного знания о предмете уголовно-правового спора возможно.

Традиция агностицизма берет начало с древнейших времен. Применительно к сфере уголовного судопроизводства наиболее ярко ее выразили софисты. И Сократ утверждал, что риторика как практическое искусство должна опираться не столько на знание и истину, сколько на мнение, пользу и целесообразность. Мастерство убеждения состоит во внушении веры, а не знания. Горгий и Тисий усматривали, что вероятное должно предпочитаться истинному и благодаря искусству красноречия можно заставить казаться малое великим, великое малым, новое старым, старое новым.

Однако эта установка была подвергнута критике философами, сторонниками поиска истины. Правда, Платон признавал специфику судебного доказывания по сравнению с философским: «Ты пытаешься опровергать меня по-ораторски, по образцу тех, кто

держит речи в судах. Ведь там одна сторона считает, что одолела другую, если в подтверждение своих слов представила многих и вдобавок почтенных свидетелей, а противник – одного какого-нибудь или же вовсе никого. Но для выяснения истины такое опровержение не даст ровно ничего»¹.

Впрочем, как будет показано далее, античную традицию никак нельзя упрекнуть в том, что она породила неверие в способность суда устанавливать истину по делу.

Между тем разумная осторожность в делах, связанных с определением виновности в совершении преступления, необходима, и она имеет такого надежного союзника в этом интеллектуальном течении, как скептицизм. Один из наиболее ярких представителей скептицизма Д. Юм утверждал, что факты (matters of fact) не являются сами по себе достоверными, поскольку их истинность или ложность нельзя доказать логическим путем. Юм считал, что вообще не существует доказательств в пользу того, что физические объекты – это нечто большее, чем просто образы, рожденные сознанием. Он писал, что все объекты, доступные человеческому разуму, по природе своей могут быть разделены на два вида, а именно: на отношения между идеями и факты. К первому виду относятся такие науки, как геометрия, алгебра и арифметика, и вообще всякое рассуждение, достоверность которого или интуитивна, или демонстративна. Факты, составляющие второй вид объектов человеческого разума, удостоверяются иным способом, и, как бы велика ни была для нас очевидность их истины, она иного рода, чем предыдущая. «Противоположность всякого факта всегда возможна, потому что она никогда не может заключать в себе противоречия, и наш ум всегда представляет ее также легко и отчетливо, как если бы она вполне соответствовала действительности»². Важное (для теории доказательств) положение юмовской философии состоит в следующем: «Все заключения

¹ Платон. Горгий, 472е.

² Юм Д. Исследование о человеческом познании: Сочинения: В 2 т. / Пер. с англ. С.И. Церетели и др.; Прим. И.С. Нарского. – 2-е изд., доп. и испр. – М., 1996. – Т. 2. – С. 21–22.

могут быть разделены на два вида, а именно: на заключения демонстративные, или касающиеся отношений между идеями, и моральные, касающиеся фактов и существования... то, что понятно и может быть ясно представлено, не заключает в себе противоречия, и ложность такого суждения никогда не может быть доказана при помощи каких бы то ни было демонстративных аргументов или отвлеченных априорных рассуждений. Поэтому если какие-либо аргументы располагают нас к тому, чтобы доверять прошлому опыту и считать его мерилom нашего суждения о будущем, то эти аргументы... могут быть только вероятными, или же относящимися к фактам и реальному существованию. Однако ясно, что в данном случае подобного аргумента нет налицо, если только считать наше объяснение указанного вида заключения удовлетворительным и веским [...] все аргументы, касающиеся существования, основаны на отношении причинности... наше знание этого отношения вытекает исключительно из опыта и... наши заключения из опыта основаны на предположении, что будущее будет соответствовать прошлому»¹. Д. Юм делает вывод, что «все заключения из опыта суть действия привычки, а не рассуждения... привычка есть великий руководитель человеческой жизни. Только этот принцип и делает опыт полезным для нас и побуждает нас ожидать в будущем хода событий, подобного тому, который мы воспринимали в прошлом. Без влияния привычки мы совершенно не знали бы никаких фактов»².

Умеренный скептицизм оказался хорошей прививкой для английской теории доказательств. Такой прививки не было, скажем, у отечественной теории познания. Возможно, корни этого в православной традиции, для которой более характерна изнуряющая борьба истины и правды; склонность к фундаменталистским выводам? В свое время мы вернемся к этому вопросу.

Абстрагируясь от национальных традиций, полагаем, что можно сразу отвергнуть как неприемлемую для позитивной

¹ Юм Д. Исследование о человеческом познании. — С. 30.

² Там же. — С. 37–38.

юриспруденции идею о невозможности постижения истины как знания, соответствующего действительности, в уголовном процессе. Эта идея ставит под сомнение институт правосудия и в конечном счете – право¹. Если же мы верим в необходимость правового устройства и признаем ценность уголовного судопроизводства для общества и личности, то мы должны допустить способность судьи (присяжного) установить факты по делу и на их основе вынести справедливое, обоснованное решение.

Установка на игровую, манипуляционную модель «конструирования»² истины совершенно неприемлема. Не потому, что не бывает так, что одна коммуникативная установка во время судебного процесса вытесняет другую, а потому, что закрепляющийся в сознании юриста-манипулятора репертуар мыслительных процедур игры в истину абсолютно не пригоден для подлинного исследования истины. Для здорового правосознания концепции, ставящие под сомнение необходимость установления истины, вредны.

Скажем, в Англии большее распространение получило направление, которое условно можно охарактеризовать как сдержанный рациональный оптимизм. Оно сформировалось из двух источников. Первым была англиканская религиозная традиция, которая искала рациональные методы принятия решений в повседневной жизни. Другим было научное движение, представители которого Бэкон, Бойль и особенно Локк отстаивали тезис о необходимости установления истины рациональными доказа-

¹ И потому И. Бентам, не избежавший влияния скептицизма, тем не менее, писал о цели правосудия: «Truth, the whole truth and nothing but the truth» (Истина, совершенная истина и ничего кроме истины).

Цит. по: *Twining W. Rule-Scepticism and Fact-Scepticism in Bentham's theory of evidence // Facts in Law. – Oxford, 1983. – P. 48.*

Твининг делает вывод, что Бентам не был скептиком, он был когнитивистом, утилитаристом и прагматиком, чьи взгляды вполне сочетались с мейнстримом англосаксонской юридической школы.

См. там же.

² См.: *Александров А.С. Назначение уголовного судопроизводства и наказания / А.С. Александров, И.А. Александрова, И.В. Круглов. – С. 84–107.*

тельствами, то есть теми эмпирическими данными, с которыми имеет дело исследователь в научной практике. Английское интеллектуальное сообщество приняло данную эмпирическую трактовку знания, которая не отрицала вероятности обладания достоверностью, но и не предъявляла требований к абсолютной его определенности. Подобный общекультурный подход непосредственно сказался на английской правовой системе и теории доказательств. И Бентам, и Вигмор подчеркивали эмпирическую природу теории процессуальных доказательств. Логика, психология и человеческий опыт¹, по их мнению, позволяют судье проверить достаточную надежность опоры для веры в факты, хотя, тем не менее, «facts are guesses»², то есть являются догадочными, предположительными.

Доля юмовского скептицизма, таким образом, вошла в английскую правовую традицию: «Говоря, что один объект связан с другим, мы при этом подразумеваем только, что они приобрели связь в наших мыслях и дают повод к заключению, посредством которого каждое из них становится доказательством другого»³. Категории «сомнения», «вероятности» имеют важнейшее значение для рассуждений, касающихся доказывания истины в суде, так как суд имеет дело с «фактами»⁴ (в эмпирическом смысле). Поэтому надо хотя бы кратко пояснить их происхождение. Ведь и в нашей теории доказательств мы должны, рассуждая о природе истины, знать источники происхождения таких понятий, как

¹ «General Experience» – шире, чем опыт обычного взрослого человека. Он включает, по мнению Д. Вигмора, как научные достижения, экспертное знание, так и эмпирические обобщения относительно общего хода событий, которые обычные люди, как правило, кладут в основу своих рассуждений в практических делах».

Twining W. Theories of Evidence: Bentham and Wigmore. – London, 1985. – P. 145.

² *Twining W. Rule-Scepticism and Fact-Scepticism in Bentham's theory of evidence.* – P. 66.

³ Юм Д. Исследование о человеческом познании. – С. 65.

⁴ Категория «разумные сомнения» будет специально проанализирована нами в заключительной части нашей работы.

«моральная достоверность», «разумные сомнения» и пр. Все они коренятся в европейской культуре.

Античное понятие вероятности традиционно воспринималось английскими интеллектуалами в самом общем виде, без выделения в его составе понятий *неопределенности*, *правдоподобия* и *просто вероятности*. Когда доказательство было неясным и существовали неразрешимые сомнения относительно достоверности суждения, оно рассматривалось как вероятное или как просто мнение, но не как знание. Однако к концу XVII века в Англии развилось представление, что вероятность состоит из ряда переходных оценок, начиная от неправдоподобности к вероятному и далее к высшей категории вероятности, которая называлась «разумное убеждение» или «нравственная определенность»¹. Эти понятия, трактовавшиеся как высшая степень вероятности, по мнению современных исследователей, «оказали громадное влияние на английское право»². Особенно при этом подчеркивается

¹ Д. Юм писал, что разумный человек соразмеряет свою веру с очевидностью; при таких заключениях, которые основаны на непогрешимом опыте, он ожидает явление с высшей степенью уверенности. В других же случаях он действует с большей осторожностью: взвешивает противоположные опыты, рассматривает, которая из сторон подкрепляется большим числом опытов, склоняется к этой стороне, все еще сомневаясь и колеблясь, и, когда наконец останавливается на определенном решении, очевидность не превосходит того, что мы называем собственно вероятностью.

См.: Юм Д. Исследование о человеческом познании. – С. 94.

Приведем еще характерное для английской культурной правовой традиции высказывание Д. Юма: «Вероятность бывает двух родов: или объект сам по себе в действительности не достоверен и существование и несуществование его зависит от случая, или объект сам по себе достоверен, но наше суждение о нем недостоверно, ибо мы находим целый ряд доказательств «за» и «против». Оба указанных вида вероятности вызывают страх и надежду, что может быть объяснено лишь наличием у них одного и того же свойства, а именно той недостоверности, того колебания, которые они сообщают аффекту благодаря противоположности точек зрения, присущей им обоим».

Юм Д. Исследование об аффектах: Сочинения: В 2 т. / Пер. с англ. С.И. Церетели и др.; Прим. И.С. Нарского. – 2-е изд., доп. и испр. – М., 1996. – Т. 2. – С. 148–149.

² Shapiro B.J. «Beyond Reasonable Doubt» and «Probable Cause»: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence. – Berkeley, 1991. – P. 8.

значение работ Д. Локка, который оказал определяющее влияние на Гильберта и Бентама – основоположников английского учения о доказательствах.

Д. Локк и его современники прослеживали происхождение всех наших идей или из ощущений (внешних) /*sensation*/, или из размышления (интроспективного) /*reflection*/¹. Существуют два вида ощущений. Во-первых, это внутреннее чувство /*the internal sense*/ – интуитивное восприятие из нашего собственного существования и того, что фактически проходит в наших умах. Из всех форм знания или убеждения оно является самым ясным и наиболее несомненным; и потому оно – основание любых других. Во-вторых, это внешнее чувство /*the external sense*/ – способность посредством восприятия передавать присутствие внешних объектов уму через наши чувства, направленные наружу². Все наши другие идеи сформированы из вышеупомянутого чувственного опыта посредством операций «рефлексии»³, которые могут быть определены как средства, через которые ум снабжается идеями посредством любого вида актов или операций, или же на идеях, полученных непосредственно через чувства, или на других идеях, как прямо, так и опосредствованно прослеживаемым к идеям, получаемым из чувственного опыта.

Декарт и Локк, различая свои системы в других отношениях, соглашаются в этом. «*Cogito, ergo sum*» – знаменитый принцип первого. «Если я сомневаюсь относительно всех других вещей, – говорит второй, – то то же самое сомнение заставляет меня чувствовать свое собственное существование, и не будет приводить меня к сомнению в этом»⁴. Это согласуется со схоластическим принципом «*Nihil est in intellectu, quod non fuerit in sensu*», к которому Лейбниц благоразумно добавляет, «*nisi ipse intellectus*»⁵.

¹ См.: Локк Д. Опыт о человеческом разуме // Избранные философские произведения: В 2 т. – М., 1960. – Т. 1. – С. 128–140.

² См. там же. – С. 128.

³ См. там же.

⁴ Цит. по: *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 4.

⁵ Там же.

Человеческому разуму доступны истины двоякого рода. Во-первых, он способен к познанию отношений между идеями¹. Здесь речь идет о математических и им подобных истинах; которые удостоверяются умом, при отсутствии необходимости обращения вовне. Во-вторых, могут быть познаны отношения, существующие между реальными объектами, то есть существующими вне зависимости от ума, но соответствующая идеям внутри него².

Что касается интенсивности убеждения; способности человеческого разума постигают в родах (видах), знании и мнении (суждении, оценке)³. 1. Познание есть восприятие связи и соответствия или несоответствия и несовместимости наших отдельных идей⁴, то есть это соответствие скорее не с реальной действительностью, а с самими идеями, и только к такому познанию термин «уверенность» должным образом применим⁵. «Достоверное знание есть всюду, где мы воспринимаем соответствие или несоответствие идей; а достоверное реальное познание есть всюду, где мы уверены в соответствии этих идей с реальностью вещей»⁶. Знание является а) *интуитивным*, когда согласие или рассогласованность с идеей прямо установлено путем непосредственного сравнения этих идей; или б) *демонстрационным*, когда нечто постигается только опосредствованно, *то есть* когда заключение выведено из сравнения каждой идеи с предыдущими идеями, у которых есть постоянная и неизменная связь с ними, как в случае установления математических истин, на которых разум основывает доказательства. И, наконец, когда при посредстве наших чувств мы получаем восприятие существования внешних объектов, наше знание чувственно⁷.

«Суждение» (мнение) – это способность ума, благодаря которой мы соглашаемся или не соглашаемся с тем, что факты или

¹ См.: Локк Д. Опыт о человеческом разуме. – С. 515.

² См. там же. – С. 516.

³ См. там же. – С. 633, 516.

⁴ См. там же. – С. 514.

⁵ См. там же. – С. 550.

⁶ Там же. – С. 558.

⁷ См. там же. – С. 514.

суждения могут быть верными или ложными, при помощи имеющихся идей, связь которых с ними является или непостоянной и неизменной, или не воспринята, чтобы быть таковой¹. Основание его – вероятность или допущение возможности то ли соглашения или разногласия, то ли правды или неправды, выведенной или предполагаемой от ее соответствия или противоречия к нашему знанию, наблюдению и опыту². «Вероятность имеет два основания: сообразность с нашим собственным опытом или свидетельство опыта других... так как вероятность должна восполнять недостаток нашего знания и руководить нами при отсутствии знания, то она всегда касается предложений, для которых у нас нет достоверности, а есть лишь некоторые побуждения считать их истинными»³. Знание часто основано на показаниях других, подтверждаемое их наблюдением и опытом⁴, однако понятно, что это ветвь первого основания, так как наша вера в таких случаях основывается на предположении о точности и правдивости рассказчиков.

Как отмечает Бест, *знание и уверенность* постоянно используются во вторичном смысле, который важно не упустить: он синонимичен прочной вере или разумному суждению, как тогда, когда мы говорим, что такой-то получил украденные товары, *зная*, что они украдены; или *будучи уверены (нравственно уверены) относительно* существования этого факта⁵. Фактическое знание и уверенность играют сравнительно небольшую роль в познании, люди вынуждены действовать по вероятию в большем числе жизненных ситуаций: как в экстраординарных, так и тривиальных⁶. Способность к суждению в условиях некоторой неопределенности является ведущей не только при рассуждениях по вопросам факта, кото-

¹ См.: Локк Д. Опыт о человеческом разуме. – С. 632–633.

² См. там же. – С. 634, 635.

³ Там же. – С. 635.

⁴ См. там же.

⁵ См.: Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 4.

⁶ См.: Bentham J. Rationale of Judicial Evidence. – P. 351.

рый доступен восприятию чувств, она также позволяет осуществлять доказывание в соответствии с показанием другого человека, а в равной степени она позволяет судить и о явлениях природы, и о других вещах, находящихся вне досягаемости наших чувств¹; таким образом охватывается огромный класс предметов, исследуемых по аналогии и индукции². Но здесь важно заметить, что по тому же самому вопросу у одного человека могут быть знание и уверенность, в то время как у другого сложилось только суждение (мнение) и вероятное знание³.

Следует подчеркнуть значение сделанной Д. Локком систематизации «вероятного знания», поскольку именно на ней было основано английское понятие судебного доказательства. Он проводил различие между знанием и мнением. Первое, как мы видели, сводимо к трем видам; при этом классифицировать степени убеждения, следующего из суждения (мнения), совершенно вне человеческой власти; та степень, до которой факты или суждения могут находиться в соответствии с нашим предшествующим знанием, наблюдением или опытом, неизбежно варьируют до бесконечности. Д. Локк пытался выразить некоторые из оттенков суждения в терминах уверенности, обоснованной веры, просто веры, догадки, предположения, сомнения, недоверия, сомнительности и пр.⁴ Окончательный вывод Д. Локка состоит в том, что доказательство есть раскрытие соответствия или несоответствия двух идей через посредство одного или нескольких доводов, находящихся между собою в постоянной, неизменной и очевидной связи⁵.

Таким образом, Д. Локк, Д. Юм установили, во-первых, несколько степеней доказательства: от совершенной уверенности – демонстрации до неправдоподобия и сомнительности, вплоть до невозможности; во-вторых, несколько актов разума, соответст-

¹ См.: Локк Д. Опыт о человеческом разуме. – С. 640, 644.

² См.: *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 6.

³ См. там же.

⁴ См.: Локк Д. Опыт о человеческом разуме. – С. 640–642.

⁵ См. там же. – С. 633.

вующих этим степеням доказательства, которые можно назвать степенями согласия: от полной гарантии и уверенности до предположения, сомнения, неправды и недоверия. Все аргументы соответственно делятся на демонстрационные и вероятные, последние есть доказательства из опыта и вероятности, и именно они практикуются в судебных учреждениях¹.

Демонстрация основана на ясном и прямом восприятии неизменных вещей, «принадлежащих органам чувств человека». В повседневных делах применение демонстрации ограничено, потому что они в основном касаются действий, которые часто прямо не воспринимаются или сообщаются другими. Соответственно права людей в гражданской жизни должны быть определены на основе чего-то меньшего, чем демонстрация, которая является суждениями вероятности. Гильберт первым построил свою теорию доказательства на основании теории знания Локка: первое и поэтому наиболее отличительное правило относительно доказательства состоит в том, что у человека должно быть наилучшее доказательство природы факта, которое только возможно; поскольку цель права состоит в том, чтобы достигнуть твердой демонстрации в вопросах права, не может же быть никакой демонстрации факта без лучшего доказательства, какой только природа вещи способна дать².

Впрочем, И. Бентам, подвергнув уничижительной критике взгляды Гилберта за их радикализм, существенно смягчил позицию по поводу степени вероятности доказательства и доказанной истины. Он писал, что задача уголовного судопроизводства состоит в том, чтобы решить, доказан или нет спорный факт, то есть преступление, и обязан ли обвиняемый быть наказан за него. При решении всех этих вопросов долг судьи заключается в принятии доказательств с той и другой сторон в возможно лучшей форме, в сравнении их и в постановлении решения на основании

¹ См.: *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 5, 6.

² Цит. по: *Twining W.* Rethinking Evidence (Exploratory Essays). – P. 17.

их вероятной силы¹. Нет факта, который не был бы вне всяких споров². Невозможно найти критерий вероятности факта³.

Как доказывает Твининг, философская и логическая база доказательства как инструмента реконструкции оспариваемых, имевших место в прошлом событий укоренена в западной рациональной, индуктивистской традиции Ф. Бекона, Д. Локка, Д. Юма и Д.С. Милля. Он указывает на философский принцип дискретности, на котором основано использование доказательств в юридических процессах, которому он дает имя «Оптимистический рационализм»⁴. То, что другие называли «нравственным убеждением», было для Локка разновидностью вероятности, высший уровень которой обладал универсальной способностью к достижению согласия. Оно достигает такой близости к определенности, что управляет образом наших мыслей настолько же, насколько самая очевидная демонстрация. Низший уровень вероятности порождает «уверенность», «внутреннее убеждение» или просто «мнение». По Локку, *убеждение есть не что иное, как мнение относительно правды о той или иной практической стороне, которая может касаться любого действия, как морального, так и религиозного, как гражданского, так и библейского*. Уровень согласия определяется весом доказательства. Качество и количество доказательств зависит от того, насколько они помогут удостовериться любому в существовании факта, так чтобы в таком утверждении ни один здравомыслящий человек не мог усомниться⁵.

Итак, для наших дальнейших рассуждений важно отметить, что *рационализм* – главная отличительная черта познания, происходящего по уголовным делам. Эмоции, психология имеют место в процессе, и пренебрегать ими было бы опасно, но стро-

¹ См.: *Bentham J. Rationale of Judicial Evidence.* – P. 4.

² *Ibid.* – P. 350.

³ *Ibid.*

⁴ *Twining W. Rethinking Evidence (Exploratory Essays).* – P. 25.

⁵ К проблеме вероятности, которую мы уже затрагивали, обратимся в специальной главе, посвященной исследованию истины.

ить свои выводы, систему доказательств любой разумный судебный деятель будет исходя из рациональных оснований. Поэтому всегда остается в силе тезис о том, что процесс познания универсален, как универсальны объективные законы, лежащие в его основании. Уголовно-процессуальное доказывание – такой же познавательный процесс, как любой другой¹. Этому же взгляда придерживаются и английские авторы: «Факты, которые становятся предметом рассмотрения суда, расследуются и определяются точно тем же способом, каким сомнительные или спорные факты расследуются и определяются человечеством вообще, за исключением того, насколько положительный закон вмешивается с искусственными правилами, чтобы обеспечить беспристрастность и точность решения или исключить сопутствующий вред, который с вероятностью может последовать из расследования»². Значит, может быть сделан вывод, что существует такое же различие между обычным познанием и уголовно-процессуальным, как между естественными законами и национальными государственными законами. «Есть в природе определенные источники правосудия, откуда все гражданские законы получены, подобно потокам; но поскольку и в самом деле воды берут свои оттенки и вкусы от почв, по которым они бегут, это делает гражданские законы изменчивыми согласно режимам и формам правительства, где они установлены, хотя они проистекают из тех же самых источников»³.

¹ См., например: *Барабаш А.С.* Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 11; *Белкин Р.С.* Криминалистика и доказывание (методологические проблемы) / Р.С. Белкин, А.И. Винберг. – С. 9; *Горский Г.Ф.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькинд. – С. 198; *Громов Н.А.* Доказательства и доказывание в уголовном процессе / Н.А. Громов, А.К. Тихонов // Уголовный процесс: Сборник учебных пособий. Общая часть. – М., 2002. – Вып. 1. – С. 168; *Мухин И.И.* Объективная истина и некоторые вопросы оценки судебных доказательств при осуществлении правосудия. – С. 71.

² *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 2.

³ *Ibid.* – P. 3.

Представления о природе познания, развиваемые в современной российской теории доказательств, в принципе основаны на идеях рационализма и эмпиризма, которые весьма близки вышеизложенным представлениям английских эмпириков XVIII века. Мы имеем в виду представления об объекте и субъекте, методах познания, идеал объективного знания (информации) и др. Наша гносеология проникнута духом рационального оптимизма по поводу способностей человека познавать действительность. К этому надо добавить классические рассуждения об опосредованном характере познания в суде, ретроспективности познания в процессе, отождествление фактов с реальными обстоятельствами и т. д.¹

Говорить о каком-то прямом влиянии на понимание познавательных процессов со стороны православия и развиваемой в его русле гомелитики, на наш взгляд, не приходится. Отечественная наука испытала сильное влияние марксизма и связанной с ним теории познания, которая скорректировала представления ученых в сторону абсолютизации истины. Но эта крайность, как представляется, была уже изжита к концу прошлого века. Хотя только будущее покажет, насколько сможет отечественная правовая школа воспринять, переварить концепты западной теории доказательств.

В целом можно сказать, что все идеи, касающиеся природы познания, были заимствованы с Запада. Они составляют основу отечественной теории доказательств. Прежде всего, речь идет об английской теории доказательств. Хотя, невозможно, конечно, отрицать влияния доказательственного права и стран континентальной Европы, со всеми вытекающими отсюда последствиями (в частности, это касается состязательности, активности суда в доказывании).

Наверное, как о национальном феномене теории доказательств можно говорить все-таки о советской концепции объективной истины. Она создавалась на базе научных представлений XIX века о закономерностях познания и, кроме того, была сильно поли-

¹ Трудно даже сказать, что такого нового было сказано по сравнению с тем, что было сказано Локком, Юмом и другими о природе познания.

тизирована и обслуживала не вполне нормальную социально-политическую структуру. Естественно возникают сомнения об адекватности этой теории новым реалиям. На наш взгляд, проблема стоит сейчас в том, чтобы осмыслить «начинку» отечественной теории доказательств в свете классических представлений об эмпирическом познании (которым была не чужда русская наука), но добавить к этому и идеи постнеклассической эпистемологии. Все это позволит приспособить теорию доказательств к российской правовой реальности.

Мы считаем, что действительно появилось нечто новое в науке и философии, что окрасило в несколько другие цвета классические представления о познавательной деятельности, протекающей в русле уголовного процесса. Думаем, не ошибемся, если скажем, что главным образом это категория информации. Было бы логичным проанализировать советские, точнее модернистские, информационные положения, характеризующие состояние разработки данной проблематики в отечественной уголовно-процессуальной науке¹.

С другой стороны, нельзя не сказать, что используемая в нашей науке уголовного процесса на протяжении более семидесяти лет теория отражения слишком плоска, чтобы в современных условиях казаться убедительной. Хотя общая интенция на познаваемость события преступления, рационализм не могут не разделяться нами. Но объяснение, защита этой позиции должны строиться по-новому. С учетом достижений таких наук, как психология, лингвистика, антропология и прочие, то есть не столько естествознания, сколько гуманитарного знания.

Современная российская теория доказательств скорее по инерции, чем по убеждению, ссылается на марксистско-ленинскую теорию отражения (стыдливо именуемую теперь теорией познания «диалектического материализма») как свою методологическую базу. Эта теория была признана в свое время единственно верной для построения советского учения о доказательствах.

¹ Снова нашей темой становится оппозиция факт / ценность.

Нельзя ей отказать в последовательности, практичности и некоторой гибкости. Но эта практичность себя оправдывала применительно к определенному историческому контексту, менталитету. Она развивалась в условиях единой коммунистической идеологии, авторитарного режима, имела своей интенцией построение некоей идеальной модели общества посредством уничтожения всего мешающего этой цели и оправдывала карательную систему, где права личности нисколько не могли ограничить усилия государства по борьбе с преступностью¹.

Кратко напомним основные положения теории отражения марксизма-ленинизма, которые в наиболее концентрированном

¹ Оговоримся, что диалектический материализм может быть признан одним из вариантов мировоззрения, объясняющих мир и человека. На его основе может строиться определенная политика и стратегия построения структур, как социальных, так и интеллектуальных. Проблема состоит в догматизации учения диалектического материализма, которая ограничивает его потенциал. В современных условиях плюрализма идеологий и способов инстинствования диалектический материализм есть один из возможных способов объяснения того, как происходит познание. Наряду с другими. Он не может претендовать на монополию и истину в последней инстанции. Кроме того, мы должны сразу обозначить свою принципиальную позицию по вопросу о том, что теория познания диалектического материализма не может претендовать на роль критерия истины в правоприменительной практике. УПК и практике применения закона не могут быть навязаны в виде стандартов теоретические построения какой-либо школы философии. Назначение философии не преобразовывать мир (в нашем случае уголовно-процессуальный), а объяснять его. Мы совершенно четко видим различие между теорией доказательств и доказательственным правом. Непереходимой пропасти между ними нет, но нет и прямой корреляции. Единственный урок, который может дать теория доказательств (теория познания) – это урок сдержанности и ограничения амбиций, признания слабости человека и веры в то, что изменения в лучшую сторону возможны. Объяснения природы познания и его результатов могут быть самыми различными, борьба конкурирующих идей, направлений и школ в этой сфере обогащает теорию. Но рекомендации законодателю и практику могут быть выражены одним заветом: не навреди.

Иными словами, мы не собираемся быть революционерами и ниспровергателями. Охранительный консерватизм – вот наше кредо. Следование традициям и учет сложившейся в общественном сознании иерархии ценностей. Таковы путеводные вехи на нашем пути в области метафизики уголовного процесса, его теории познания.

виде были выражены Ф. Энгельсом: материя, природа и бытие – это объективная реальность, существующая вне и независимо от нашего сознания, материя первична, поскольку она является источником наших ощущений и идей, а сознание – вторично, поскольку оно является отражением материи, бытия¹.

«Теория отражения» означает, что идеи и ощущения являются понятиями или образами предметов, существующих независимо от сознания. В.И. Ленин считал, что образы предметов, возникающие в мозгу человека, достаточно похожи на соответствующие предметы. К этому он добавлял, что объективный мир, существующий независимо от человека, может быть познан им². Как известно, именно этот тезис был взят на вооружение многими отечественными процессуалистами и криминалистами для обоснования того, что нераскрываемых преступлений не бывает и даже возможности достижения в уголовном процессе абсолютной истины.

Выдающиеся советские ученые (А.Я. Вышинский, М.С. Строгович и другие³) конкретизировали положения теории отражения применительно к нуждам теории доказательств и нуждам правящего класса. Однако крах системы неминуемо порождает разумные сомнения относительно правильности теоретической надстройки, включая концептуальные основы советской теории доказательств. Мы имеем дело с банкротством не только социально-экономическим, но и интеллектуальным, которое гораздо трагичнее и которое нами не преодолено до сих пор.

Ведь многими по сей день диалектический материализм изображается как доказуемая теория и даже как неизбежная методология для теории доказательств. Следует констатировать, что за несколькими исключениями⁴ никаких серьезных попыток пере-

¹ См.: *Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс.* – Т. 21. – С. 282–283.

² См.: *Ленин В.И. Полн. собр. соч.* – Т. 18. – С. 277.

³ К их взглядам мы будем в последующем неоднократно обращаться и анализировать их.

⁴ К такого рода текстам мы бы отнесли: *Состязательное правосудие: Труды научно-практических лабораторий.* – М., 1996. – Вып. 1. – Ч. II.

осмыслить наследие советской науки в этом плане не делалось. Например, В.С. Балакшин пишет: «В основе теории доказывания лежит материалистическая диалектика, в частности два центральных ее раздела – гносеология и теория отражения, из которых следует: а) мир материален; б) мир первичен; в) мир отражаем и познаваем»¹. Субъекты уголовно-процессуального доказывания (следователь, прокурор, суд) способны познавать механизм образования и передачи информации, ее восприятия, воспроизведения, фиксации и использования. Используя законы логики, данные субъекты способны познать и обосновать события прошлого, в том числе противоправных деяний как событий и явлений объективной действительности. Целью доказывания является установление объективной истины, под которой понимается соответствие содержащихся в итоговых выводах и решениях органов расследования, прокуратуры и суда знаний об обстоятельствах, входящих в предмет доказывания по уголовному делу².

На наш взгляд, развиваемые в современной уголовно-процессуальной науке концепции уголовно-процессуального познания (доказывания) в большинстве случаев вольно или невольно призваны оправдать практику доказывания в условиях следственного процесса. Некоторые авторы прямо призывают вернуться к следственной модели доказывания. Так, А.С. Барабаш делает вывод, что состязательная модель познания неприемлема. Российский уголовный процесс основан на другой схеме познавательной деятельности, которая осталась прежней – схемой деятельности при предварительном расследовании. И эта схема должна быть реализована не только на стадии предварительного расследования, но и в судебном разбирательстве³.

Как уже отмечалось, имеется много общих черт в рассуждениях процессуалистов всех времен и всех народов о закономерности

¹ Балакшин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 32.

² См. там же. – С. 11, 12, 19.

³ См.: Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 20, 22.

стях познавательного процесса, происходящего при расследовании и рассмотрении уголовных дел. В теории обсуждаются следующие характерные черты уголовно-процессуального познания: оно носит ретроспективный характер; может осуществляться как непосредственно, так и опосредованным путем; имеет свой специфический объект / предмет; осуществляется различными субъектами уголовного процесса; методы познания производны от общих познавательных средств. С этими положениями в той или иной их трактовке можно согласиться.

А.А. Давлетов понимает уголовно-процессуальное познание как деятельность специально уполномоченных субъектов (органов уголовного судопроизводства), осуществляемую в предусмотренном уголовно-процессуальным законом порядке, по приобретению знания о прошлом преступном событии путем исследования сохранившихся его следов в целях разрешения задач уголовного судопроизводства¹. Уголовно-процессуальное познание определяется также как деятельность определенных законом субъектов по формированию соответствующего знания². А.Р. Белкин считает, что уголовно-процессуальное познание представляет собой деятельность, осуществляемую в особой процессуальной форме, целью которой является получение истинного знания об объекте³.

Можно согласиться в целом с тезисом о влиянии правовой формы на процесс познания по уголовному делу. В уголовно-процессуальной литературе широко освещались моменты юридизации познания в уголовном процессе: в судебном исследовании число фактов ограничено существенными обстоятельствами, и они не могут повторяться; в судебном исследовании существует установленный законом срок; в судебном исследовании

¹ См.: Давлетов А.А. Основы уголовно-процессуального познания. – Свердловск, 1991. – С. 17.

² См.: Джатиев В.С. Доказывание и оценка обстоятельств преступления. – Ростов-на-Дону, 1991. – С. 24–25.

³ См.: Белкин А.Р. Теория доказывания: Научно-методическое пособие. – М., 1999. – С. 1–2.

фигурируют факты, которые констатируются в большинстве своем людьми, не привыкшими к наблюдению и фиксации явлений, вызывающие у людей разные эмоции, что влияет на объективность наблюдения, фиксации и воспроизведения; следователь и судья часто работают в ситуации, когда следов преступлений крайне мало и, кроме того, заинтересованные лица стремятся их скрыть или исказить. Познание события преступления отличается от научного познания ограниченным числом существенных фактов, которые не могут повториться; ограниченным сроком исследования; оперированием фактами, которые наблюдались и фиксировались людьми, способными исказить эти факты; исследованием крайне ограниченного числа следов, которые нередко умышленно искажаются или скрываются. Эти факторы предъявляют к уголовно-процессуальному исследованию особые требования, тем более что речь идет не только о познании истины, познании события преступления, но о судьбе человека, его виновности или невиновности, об определении ему меры наказания или освобождении его от уголовной ответственности. Это положение является обоснованием вывода о том, что всякие ошибки в судебном исследовании должны быть исключены¹.

Бесспорно, то, что познание в уголовном процессе может осуществляться непосредственно и опосредованным путем. Причем относительно последнего пути, с которым связывают получение выводного знания, на наш взгляд, принципиальных разногласий нет. Здесь можно только подтвердить нашу приверженность взгляду о том, что огромное большинство наших познаний проистекает из разума². Упор надо сделать именно на то, как получают знания, факты при взаимодействия субъекта с окружающим его миром. Критически важными для обсуждения является понимание того, как происходит формирование знания о совершенном преступлении.

¹ См.: Бурданова В.С. Поиски истины в уголовном процессе. – С. 11 и след.

² См.: Спасович В.Д. О теории судебно-уголовных доказательств. В связи с судоустройством и судопроизводством. – С. 8.

Ретроспективное познание представляет собой процедуру опосредованного, выводного получения знания о прошлых предметах на основе знания о настоящих или других прошлых предметах¹. В процессе познания должно быть установлено событие, имевшее место в прошлом, в связи с чем оно не может быть воспринято непосредственно. Речь идет об опосредовании, то есть об установлении события (событий) через его взаимоотношение с другими событиями, вещами.

Уголовно-процессуальное познание, осуществляемое органами, ведущими процесс, имеет своей целью приобретение знания о произошедшем событии преступления, именно поэтому оно является по своей сути ретроспективным. Проанализировав оставленные преступлением следы, формируется образ события преступления².

Как отмечается в науке, в ретроспективном познании проявляется уникальная способность сознания человека «снимать», преодолевать однонаправленность временных процессов действительности, осуществлять так называемую «инверсию» (возврат) времени³. Ретроспективное познание (историческое познание) заключается в возможности реконструкции структуры объекта прошлого путем наблюдения изменений состояния, поведения познаваемых сущностей, произошедших в объективной действительности. Далее результаты данного взаимодействия объекта с окружающей действительностью фиксируются (описываются) при помощи определенных средств, имеющимся в данной познавательной сфере инструментарием. Ученые выделяют три образующих элемента ретроспективного познания⁴: а) объективные

¹ См.: Джатиев В.С. Доказывание и оценка обстоятельств преступления. – С. 122–125.

² См.: Руководство для следователя / Под ред. Н.А. Селиванова, В.А. Снеткова. – М., 1997. – С. 262–264.

³ См.: Корнев Г.П. Методологические проблемы уголовно-процессуального познания. – С. 69.

⁴ См.: Никитин Е.П. Метод познания прошлого // Вопросы философии. – 1966. – № 8. – С. 34.

(природные) процессы – события, явления, имевшие место в прошлом; б) материальные объекты, которые сохранились к моменту познания и обладают следами вышеуказанных событий; в) знание о прошлых событиях, приобретенное познающим субъектом путем исследования следов на имеющихся объектах.

Результатом ретроспективного познания является знание как особый вид информации и результат ее переработки. Информация и знание соприкасаются друг с другом лишь в пределах одного акта познания. В нем знание занимает место конкретного элемента, которым данный процесс завершается. В той же ситуации, если приобретенное знание используется в другом акте познания, оно может менять свою функцию и выполнять уже другую роль – информации. Любой из элементов познания в другом акте познания может поменяться местами¹.

Специфическая терминология и отпечаток общей концепции отражения не меняет, на наш взгляд, общей картины, рисуемой учеными. Они исходят из того, что принцип отражения базируется на свойстве материальных систем воспроизводить (или отражать) в процессе взаимодействия особенности других систем. Отражение как свойство материи заключается в том, что в результате взаимодействия объектов особенности одного воспроизводятся в особенностях другого. Это воспроизведение можно рассматривать как «передачу состояний» (особенностей) одного явления другому².

Отечественные процессуалисты и криминалисты исходят из того, что свойство отражения присуще всей материи, характеризуется всеобщностью. При этом формы его проявления тем выше и сложнее, чем выше и сложнее форма движения материи. Из этого следует, что всякий материальный процесс отражается в других материальных процессах, связанных с ним. Рассматривая данную закономерность материи через призму закона диалектики о взаимосвязи и взаимообусловленности явлений материального

¹ См.: Никитин Е.П. Метод познания прошлого. – С. 34.

² См.: Урсул А.Д. Отражение и информация. – М., 1973. – С. 58.

мира, следует заключить, что взаимосвязь при отражении есть обязательно одна из необходимых и универсальных связей объективной действительности, то есть если всякий материальный процесс необходимо связан с другими процессами, то не существует изолированных явлений, а следовательно, не существует принципиально неотражаемых явлений, включая и любое общественно опасное деяние, представляющее собой не что иное, как материальный процесс¹.

Каждый материальный объект воспринимается (отражает) на (в) себе признаки, черты другого в виде отпечатков, образов, следов². Таким образом, обстоятельства и факты, образующие предмет уголовно-процессуального познания, отражаются в окружающем мире различными сторонами и свойствами. Предметы материального мира в результате взаимодействия отражают на (в) себе качественные признаки друг друга, в результате чего и становится возможным процесс познания³.

Различают три формы чувственного отражения: ощущения, восприятия, представления. Процесс уголовно-процессуального познания начинается с ощущений, восприятий, которые получают субъекты от внешних предметов и явлений, сталкиваясь с ними в своей практической деятельности. Чувственное познание дает возможность поверхностного ознакомления с объектами познавательной деятельности. Субъекты созерцают следы преступления, предметы и явления, которые являются непосредственным отражением противоправных действий либо бездействий, а также фактическую информацию, облеченную в соответствующую процессуальную форму. Далее на основе ощущений, восприятий и представлений выстраивается модель (образ) произошедшего события, предпринимаются попытки раскрыть сущность обстоятельств данного события, сопоставить полученные результаты с известными признаками соответствующих правовых категорий.

¹ См.: *Белкин Р.С.* Курс криминалистики. – Гл. 2.

² См.: *Давлетов А.А.* Основы уголовно-процессуального познания. – Свердловск, 1991. – С. 17.

³ См. там же.

Результаты чувственных восприятий вместе с данными косвенного опыта путем применения различных логических форм и приемов (анализ, синтез, индукция, дедукция и т. п.) подвергаются осмыслению. С помощью логического мышления субъекты уголовно-процессуального познания приходят к тем или иным выводам, суждениям и умозаключениям, к выработке понятий относительно познаваемого объекта, устанавливая его внутренние, существенные связи и отношения. Психическое отражение материально по своей природе, происхождению, так как, во-первых, является результатом взаимодействия субъекта и объекта познания, а во-вторых, непосредственно связано с нервной системой, организмом человека, поэтому существует объективно. Достоверность результатов чувственного познания и логического мышления подвергается проверке практикой, путем сопоставления выводов и суждений с все новыми и новыми фактическими данными, которые открывает практическая деятельность, а также с данными косвенного опыта. Поскольку основным объектом уголовно-процессуального познания выступает событие преступления, которое является результатом деятельности человека, то рассматриваемый вид познания является социальным. В процессе познания осуществляется взаимодействие органов чувств (чувственное познание) и разума (рациональное познание), которые находятся между собой в диалектической взаимосвязи. Субъективное (идеальное) и материальное составляют органическое единство, ибо мысль есть и функция нервной системы, и отражение объективной действительности. В единстве двух сторон психического отражения первичным, определяющим является материальное¹.

Объектом познания многие считают факты, обстоятельства, под которыми в свою очередь понимают явления объективной реальности. Как пишет, например, Г.В. Стародубова, объектом познания в гносеологическом понимании выступает фрагмент

¹ Такого рода рассуждения являются общим местом в современных учебниках, монографиях по уголовному процессу и криминалистике.

См., например: Теория доказывания в советском уголовном процессе. Часть общая. – М., 1966. – С. 252.

объективного мира, выделенный человеческой практикой. Таким фрагментом применительно к уголовно-процессуальному познанию является преступление как событие прошлого, не доступное непосредственному восприятию. Именно объект уголовно-процессуального познания (вследствие его особой значимости для государства как формы политической организации общества с присущими ему обязанностями) определил иные его отличительные черты – особый субъектный состав, формализованность процесса и т. д.¹

Однако это не единственная точка зрения. Известно, что в романо-германской правовой системе центральное место в определении признаков объекта уголовно-процессуального познания занимает правовое определение преступления, зафиксированное в уголовном законе². Поэтому, например, В.С. Зеленецкий считает объектом уголовно-процессуального познания совокупность обстоятельств, явлений и процессов, истинное и достоверное познание которых определяет правильное разрешение дела, выполнение задач уголовного процесса³.

Правда, многие процессуалисты отождествляют объект познания с предметом доказывания. Они считают, что предметом уголовного дела является преступление, состав уголовно наказуемого деяния и конкретное лицо, совершившее преступление. Задачей субъекта уголовно-процессуального познания является установление конкретных фактов объективной действительности, относящихся к преступному деянию, а конкретно, времени и места его совершения, и оценка этих фактов с юридической точки зрения. Следовательно, можно сделать вывод, что рассматриваемый вид познания имеет свой предмет, ограниченный более или

¹ См.: Стародубова Г.В. Методы и управление процессом установления истины в уголовном судопроизводстве: Дис... канд. юрид. наук. – Воронеж, 2008. – С. 23.

² См.: Решетникова И.А. Доказательственное право Англии и США. – М., 1999. – С. 17.

³ См.: Зеленецкий В.С. Объект уголовно-процессуального познания действительности // Вопросы государства и права развитого социалистического общества. – Харьков, 1975. – С. 247.

менее определенным кругом фактов, относящихся к событию преступления и ко всему тому, что с ним непосредственно связано. Он ограничен пространством, временем и обстоятельствами преступного деяния и заканчивается, по общему правилу, вынесением приговора или иного юридического решения¹. Можно определить объект уголовно-процессуального познания как юридически значимые признаки преступного деяния и иные связанные с ним явления объективной действительности, вовлеченные в сферу познавательной деятельности субъектов уголовно-процессуального познания, обусловленные их процессуальной функцией и обеспечивающие решение стоящих перед ними задач. На выяснение этого объекта направлены познавательные усилия как обеих сторон в деле, так и суда².

Обычная трактовка объекта уголовно-процессуального познания как объективной реальности разделяется не всеми. По этой проблеме имеют место споры, разделившие и процессуалистов, и криминалистов. В криминалистике, и не только в ней, достаточно давно распространен следующий ход рассуждений. Прошрое событие преступления, как правило, недоступно непосредственному восприятию. Сохранившиеся следы этого события, которые непосредственно исследуются субъектами уголовно-процессуального познания, служат средствами познания явлений первой группы. Событие преступления не проходит бесследно в окружающем мире, а, взаимодействуя с другими предметами, оставляет на (в) них следы. Указанные отображения в последующем вовлекаются в сферу деятельности субъектов уголовно-процессуального познания, становятся объектом их исследований. Поэтому другую группу объектов уголовно-процессуального познания составляют предметы живой и неживой природы, являющиеся носителями следов преступления. Общий объект познания объединяет в своей структуре обе группы явлений: а) прошлое событие преступления,

¹ См.: Стародубова Г.В. Методы и управление процессом установления истины в уголовном судопроизводстве. – С. 36.

² См.: Голованова О.В. Адвокатское познание по уголовному делу: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2008. – С. 14–15.

как правило, недоступное непосредственному восприятию; б) сохранившиеся следы этого события, которые непосредственно исследуются субъектами уголовно-процессуального познания и служат средствами познания явлений первой группы¹.

Г.П. Корнев предлагает использовать следующую классификацию элементов, образующих объект уголовно-процессуального познания:

- 1) «объект-цель», под которым он понимает само событие преступления, подлежащее реконструкции;
- 2) «объект-средство» – предметы материального мира, являющиеся носителями следов преступления.

Основанием для такой классификации выбрано функциональное назначение элементов². Предмет уголовно-процессуального познания – это факты, которые необходимы для получения достоверного знания о событии прошлого. Это информационно-поисковая модель фактов, посредством которой осуществляется установление обстоятельств, подлежащих доказыванию³. Надо сказать, что такого рода взгляды, как будет показано ниже, получили поддержку в уголовно-процессуальной литературе.

Но вместе с констатацией общих мировоззренческих положений относительно природы уголовно-процессуального познания в науке наметились тенденции на усложнение картины того, как происходит познание. Мы имеем в виду вначале критически воспринятое, но затем распространившееся утверждение о многоуровневости процесса познания (доказывания) по уголовному делу.

Так, например, Г.П. Корнев выделял следующие уровни:

- 1) Отражение события преступления на (в) предметах материального мира и в сознании очевидцев, свидетелей (необходимо подчеркнуть, что в сознании познающего отражаются не сами

¹ См., например: *Понькина Е.В.* Информационно-познавательные аспекты уголовно-процессуальной функции защиты: Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2006. – С. 27.

² См.: *Корнев Г.П.* Методологические проблемы уголовно-процессуального познания. – С. 51–53.

³ См. там же. – С. 118.

факты, а их образы, отпечатки в виде понятий и представлений. В ходе оперирования ими – как внутри сознания познающего, так и при выражении вовне – они приобретают характер знаний, сведений, данных, информации).

2) Исследование субъектом уголовно-процессуального познания обнаруженных следов преступления (познание источников информации), восприятие содержащейся в них информации (познание информации).

3) Реконструкция (воссоздание) образа прошлого события преступления на основе полученных субъектом уголовно-процессуального познания понятий и представлений, с помощью средств и методов абстрактного мышления (субъект познания получает знание об исследуемом факте)¹.

Наибольшие споры возникают по поводу первого – чувственного этапа восприятия субъектом познания объективных признаков события преступления. Можно в связи с этим напомнить, что раскритикованный В.И. Лениным Г.В. Плеханов говорил: «Наши ощущения – это своего рода иероглифы, доводящие до нашего сведения то, что происходит в действительности. Иероглифы не похожи на те события, которые ими передаются. Но они могут совершенно верно передавать как самые события, так – и это главное – и те отношения, которые между ними существуют»².

В наше время некоторые исследователи признают возможность и особенности искажения информации, которая представляет собой объективно существующий сигнал³; делается вывод о необходимости выделения различных уровней познания⁴. Следо-

¹ См.: Корнев Г.П. Методологические проблемы уголовно-процессуального познания. – С. 118.

² Плеханов Г.В. Избранные философские произведения: В 2 т. – М., 1956. – Т. 1. – С. 501.

³ См.: Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 19.

⁴ См.: Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 22–25; Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 31–36.

вательно, происходит усложнение механизма отражения, который бывало трактовался излишне однозначно.

С.В. Балакшин говорит о трех уровнях:

1) информационно-накопительный, на котором происходит деятельность субъектов доказывания по обнаружению, закреплению, проверке и оценке информации о фактических обстоятельствах общественно опасного деяния;

2) фактосинтезирующий уровень, где органы, следователь, прокурор, суд, обобщая и анализируя фактические данные, содержащиеся в источнике, формируют образ общественно опасного деяния со всеми элементами, заданными статьей 73 УПК;

3) логико-аналитический уровень – является той ступенью доказывания, где происходит проверка и оценка собранных доказательств в целях обоснования соответствия доказательств требованиям закона, обоснования доказывания обстоятельств общественно опасного деяния как они имели место в действительности¹.

Представляет интерес проследить диалектику рассуждений по данной проблеме известного российского процессуалиста А.С. Барабаша. Он исходит из того, что процесс познания включает в себя 1) деятельность, связанную с получением информационных доказательств, и 2) деятельность, связанную с оперированием готовыми аргументами для получения выводного знания о событии прошлого².

Узлом схемы мыследеятельности при установлении обстоятельств, подлежащих доказыванию, является объект познания. В качестве его не может выступать преступление. Неправильно отождествлять объект со знанием о нем.

Предмет – это знание, полученное в результате работы с объектами. В качестве объекта, с которого начинается познаватель-

¹ См.: Балакшин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 22–25.

² См.: Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 11.

ная деятельность в уголовном процессе, нужно выделить след, оставленный совершенным преступлением, затем таковым становится информация.

Следующий объект – любые фактические данные. На основе выявленной взаимосвязи между ними мы получаем вывод более высокого уровня – об обстоятельстве, подлежащем доказыванию. И только тогда, когда знание обо всех обстоятельствах непротиворечиво ложится в одну схему, мы получим искомое знание о совершенном в прошлом деянии. На этом уголовно-процессуальное доказывание закончено, мы получили предмет.

Указанные объекты, кроме первого, являются идеальными, и только следы – реальные объекты¹. Далее А.С. Барабаш пишет: «Непосредственно познать преступление мы не можем. Работаем мы со следами, которые оно оставило и которые под влиянием объективных и субъективных факторов находятся в постоянном изменении, изменяются они и при нашей работе с ними. Если, говоря об уголовно-процессуальном познании, за точку отсчета брать не событие прошлого, а оставленные им следы, то меняется и отношение к истине как цели уголовно-процессуальной деятельности»².

Следует сделать вывод, что выделяет различные уровни (этапы) у познания-доказывания и А.С. Барабаш: на первом (информационном) этапе, по его мнению, речь идет о работе субъектов доказывания эмпирическими методами со следами, снятием с них информации, получении информационных доказательств; на втором – происходит установление фактических данных, работа с ними как с логическими доказательствами; на третьем этапе происходит установление обстоятельств, подлежащих доказыванию; на последнем этапе – получение совокупного знания о прошлом, в основании которого лежат установленные связи и отношения,

¹ См.: Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 11.

² Там же. – С. 26.

существующие между обстоятельствами, подлежащими доказыванию¹.

По А.С. Барабашу, при работе со следами происходит снятие информации, открывается только нечто эмпирическое, а не сущность. Познание начинается с превращения чувственно-конкретного в сумму абстрактных определений². Но у него есть противоречие с другим утверждением: «Выделение чувственного непосредственного познания разрывает единство познавательной деятельности, практическую деятельность отделяет от мыслительной, придавая ей самодостаточное значение»³. Иными словами, отрицая выделение чувственного познания, он фактически делает это. «Работая со следами, мы должны прилагать усилия к тому, чтобы как можно более правильно отражать воспринимаемое. К этому следует стремиться, но необходимо помнить, что отражение человеком действительности, как свидетельствуют данные психологии, всегда процесс опосредованный. Опосредован он многими особенностями, которые характеризуют данного человека и вообще человеческую природу. С помощью нервной системы в человеке природа создала механизм трансмутации энергии внешнего мира во внутреннюю. Но этот важный факт говорит о том, что человеческий мозг не воспринимает реальный мир объективно и напрямую, а воспринимает лишь неврологическую модель реальности. Следовательно, не только в целом процесс познания является опосредованным, опосредовано и отражение человеком действительности, что уже само по себе говорит о невозможности непосредственного познания ее»⁴. Такого рода выводы, конечно, являются отходом от ортодоксального изложения теории отражения, следообразования, получения доказательства. Тем более, что они приводят исследователя к нетрадиционной трактовке объекта познания, о чем речь пойдет ниже.

¹ См.: Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 32–36.

² См. там же. – С. 32.

³ Там же.

⁴ Там же.

А.С. Барабаш утверждает, что «объект познания не может быть в прошлом. Прошлое познается через объекты настоящего... Если в общем плане объект понимают как часть объективного мира, находящегося во взаимодействии с субъектом, то предмет – это наиболее значимые свойства, связи и отношения, которые выделяет субъект в объекте, исходя из своих целей. В отличие от объекта, в предмете предлагается видеть не только объективное, но и субъективное»¹. Таким образом, у него получается, что *объект* познания – вещь в себе, *предмет* – вещь для нас. Цель – между ними. Предмет не может быть в прошлом, как знание не может предшествовать явлению. Предмет субъективен, объект объективен. Исследователь, исходя из стоящих перед ним целей, обращаясь к действительности, выделяет в ней то, что его интересует в первую очередь. Выделение – это первый шаг к «опредмечиванию», получению предположения о том, что определенная вещь, явление могут удовлетворять стоящим целям. Здесь еще нельзя говорить о знании, которое может быть только результатом чувственно-логических операций. Знание не есть отъемлемое свойство объекта, знание – это и есть предмет². На наш взгляд, исследователь пришел к тому же выводу, что и мы. Термином «предмет» он обозначает то, что мы называем «факт».

Е.А. Доля предлагает иную трактовку объекта уголовно-процессуального познания: «...следователь и судьи оперируют не лицами, воспринимавшими преступление, не орудиями его совершения, не следами, оставшимися после него, а доказательствами – сведениями о преступлении, орудии его совершения, следах преступления, полученными в ходе формирования доказательств – производстве следственных и судебных действий... Доказательства, при этом, выступают основным средством возвращения к преступлению, они как бы непосредственно представ-

¹ Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 33–34.

² См. там же. – С. 34.

ляют его»¹. Таким образом, в приведенной точке зрения отождествляется объект познания и доказательства. Не считаем ее правильной, вполне разделяя мнение В.С. Балакшина о том, что это недопустимо делать.

В качестве объекта А.С. Барабаш выделяет след, оставленный преступлением. После того, как информация снята с различных следов, задача следователя заключается в том, чтобы на основе выявления связи между различными блоками информации получить любое фактическое данное. Эти блоки выступают опять же как *идеальные объекты познания*. При расследовании исследователь имеет дело со свойствами следов и с установлением различных взаимозависимостей. С первыми работают эмпирическими методами, вторые устанавливаются с использованием теоретических².

Надо сказать, что природа следа была предметом многочисленных исследований по криминалистике и уголовному процессу. Осмыслялась она и на философском уровне. Г.П. Корнев указывает, что только на основе тщательного исследования «причиненных» преступлением следов органы судопроизводства осуществляют их мысленное реконструирование в целостное реально произошедшее событие и по мере необходимости корректируют его в своем сознании до тех пор, пока не получают достоверную картину о преступлении³.

В криминалистике общепринято считать, что следы выступают как результат первичного отражения события в окружающей среде. Они являются объективной основой уголовно-процессуального познания. Однако следы – это еще не доказательство, чтобы стать таковыми, они должны быть восприняты субъектом доказывания с соблюдением надлежащей процедуры, отображены в его сознании, преобразованы (перекодированы) им и в та-

¹ Доля Е.А. Проблема начала в теории уголовного процесса // Государство и право. – 1996. – № 10. – С. 56.

² См.: Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 34, 35.

³ См.: Корнев Г.П. Методологические проблемы уголовно-процессуального познания. – С. 68–69.

ком преобразованном виде закреплены в материалах дела. В итоге фактические данные о событии, отразившиеся в следах, становятся доказательствами в уголовно-процессуальном смысле¹.

Однако в изложении М.К. Каминского категория следа выглядит иначе. «След» должен браться не в спекулятивно-эмпирическом содержании как оттиск, царапина, деформация и т. д., а как единство двух противоречий: кодового преобразования информации, отражающей определенную сторону преступного действия (информации, существующей объективно, но существующей в потенциальной форме), и обратного кодового преобразования, в результате которого возникает понимание механизма тех преобразований в преступной деятельности, которые и отразили первичную информацию. «Иными словами, след – это отражение отраженного»².

След – это не просто объект, не объективная основа для снятия информации, а эмпирические данные, полученные в результате взаимодействия субъекта и объекта. Как уже указывалось, чувственному восприятию чего-либо в объективном мире предшествует вычленение субъектом предмета, предынтерпретация, калибровка

¹ Понятие следа, предложенное профессором Р.С. Белкиным (1977) сыграло роль в становлении представлений об источниках доказательств как источниках информации (криминалистической) и механизме следообразования как объективного процесса. Под механизмом следообразования понимают процесс взаимодействия объектов, заканчивающийся возникновением следа. Элементами взаимодействия при этом являются: следообразующий объект, следовоспринимающий объект, следовой контакт. Информационная структура источника информации включает в себя: а) материальный объект – носитель информации; б) изменения свойств носителя – сигналы информации; в) фактические данные – результаты исследования (декодирования) сигналов.

См.: Колдин В.Я. Судебная идентификация. – М., 2002. – С. 117, 122; *Он же*. Информационные процессы и структуры в криминалистике / В.Я. Колдин, Н.С. Полевой. – С. 7.

² Каминский М.К. Что есть, что может быть и чего не может быть для системы «Криминалистика» // Вестник криминалистики / Отв. ред. А.Г. Филиппов. – М., 2002. – Вып. 1 (3). – С. 11. См. также: *Он же*. О предмете и объекте криминалистической науки // Уголовно-процессуальные и криминалистические проблемы методологии и практики расследования экономических и иных преступлений: Материалы межрегиональной научно-практической интернет-конференции / Под ред. А.Ф. Лубина. – Н. Новгород, 2008. – С. 24.

сознания, что сказывается на результатах восприятия. Следовательно выявляет в объективной реальности следы потому, что он ищет эти следы. След – это не результат объективных процессов, а сочетание объективного и субъективного. Следы являются моментом, процессом взаимодействия объектов, но также результатом взаимодействия субъекта с результатом этого взаимодействия.

В отечественной литературе отмечается специфика отражения в человеческом сознании¹. Высшей формой отражения является социальное отражение – сознание и познание, связанные с развитием предметно-практической деятельности человека. Применительно к социальной форме отражения, взаимодействие материальных систем носит название деятельности и характеризуется активной направленностью субъекта на объект с целью его воспроизведения в знании². Здесь принцип отражения объективной реальности совмещается с принципом творческого, активного характера познавательной деятельности. Человек не ждет того момента, когда внешний мир отобразится в его сознании. Он сам создает познавательные структуры и в ходе практической деятельности проверяет их соответствие реальному положению вещей. Генерирование познавательных структур предполагает творчество, оценку и самовыражение³. В работах ученых-процессуалистов учитывается данный момент. «Познание как высшая форма отражения объективной действительности не существует в отрыве от познавательной деятельности», – так пишет А.П. Гуськова⁴. Познавательный процесс протекает в виде организованных в систему действий, операций, формирующих определенные объекты, которые служат средством для познавательного освоения, отражения объективного мира.

¹ См.: *Философский словарь* / Под ред. М.М. Розенталя. – М., 1972. – С. 301; *Философия для аспирантов* / В.П. Сальников, И.И. Кальной, Х.С. Гуцериев, Ю.А. Сандугсов. – СПб., 1999. – С. 312.

² См.: *Спиркин А.Г.* Сознание и самосознание. – М., 1972. – С. 81–83.

³ См. там же.

⁴ *Гуськова А.П.* Личность обвиняемого в уголовном процессе (проблемные вопросы науки и практики). – Оренбург, 1996. – С. 39.

На наш взгляд, выявление чего-либо в качестве следа уже есть интерпретация данных, полученных путем чувственного восприятия. Реальность события преступления может быть дана нам в виде следов, но эти следы открыты лишь постольку, поскольку познающий субъект вносит в них свой интеллигентный вклад. Существование следа предопределено и наличием у следователя готовности обнаружить след, то есть имеет место уже отмеченный нами феномен прединтерпретации. След – это «заготовка» факта. Однако сказать, что следователь «производит» следы¹, было бы другой крайностью, уходом в агностицизм.

Заметим, кстати, что в представлении постмодернистской философии «реальность» – это реальность скрытая, «замаскированная», даже симулированная реальность, «якобы реальность». Отсюда неустранимая множественность истин, отказ от Абсолюта, что приводит к крайностям релятивизма, лишает ценностей, целей и, следовательно, всякого смысла не только знание, но и человеческую жизнь². Вряд ли подобный вывод удовлетворит теорию доказательств, в основе которой должно быть позитивное, утверждающее начало. Поэтому мы не принимаем крайностей, связанных отрицанием возможности рационального познания мира, абсолютизацию неклассической множественности истин и пренебрежение возможностями разума познавать истину. Теория уголовно-процессуальных доказательств должна одухотворяться верой в возможность познания события преступления и раскрытия его. Необходимо стремление к единству (пусть даже как к недостижимому идеалу).

Вообще реальность не может быть однозначно истолкована. Вопрос о реальности вырисовывается на основе «реальности физической», но и та оказывается сложной системой взаимоотношений «объективной реальности», «эмпирической реальности» и «теоретической реальности», а с другой стороны – признается ее

¹ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 180.

² См.: Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 96.

не совсем ясная связь с «пределальной реальностью»¹. Естественно мы не приемлем взгляда о том, что объектом познания является текст, то есть знаковая реальность, прочитываемая судом в виде текста материалов уголовного дела². Объектом является объективная реальность, данная в виде следов, найденных и проинтерпретированных, оцененных следователем.

Для процессуалистов, видимо, более разумной будет осторожная позиция, в духе английской теории доказательств. «Поскольку знание, наблюдение и опыт людей весьма значительно разнятся, постольку их представления о возможности и вероятности, как было бы естественно ожидать, будут отличаться; и мы постоянно обнаруживаем не только то, что противоположные суждения формулируются относительно вероятности, которая может быть придана предполагаемым фактам, но и то, что факт, который один человек рассматривает и как возможный, и как вероятный, в глазах другого человека будет выглядеть как физически невозможный. Относительно этого вида невозможности наши понятия будут более или менее точны согласно известным нам законам природы; но, как показывает опыт, могут быть обнаружены явления, находящиеся в очевидном противоречии с известными нам законами, но являющиеся регулярными последствиями других, ранее неизвестных нам законов»³.

Следует отметить, что любой вид знания понимается как субъективный образ объективного мира, где субъективное — это то, что свойственно субъекту, производно от его деятельности. В этом отношении познавательный образ, будучи продуктом деятельности субъекта, всегда включает в себя элемент субъективности и не только в форме выражения знания, но и в его мыслительном содержании. Но так как деятельность субъекта направлена на определенный объект и преследует своей целью его правдоподобное

¹ См.: Дышлевой П.И. Реальность физическая // Новая философская энциклопедия. — М., 2001. — Т. 3. — С. 428–429.

² См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. — С. 190.

³ Best W.M. The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. — P. 15.

отображение, содержание знания обязательно включает в себя и объективный момент, который в силу практической обусловленности познавательного процесса является определяющим.

Нашло признание в уголовно-процессуальной науке и то, что не все качественные признаки находят прямое отражение в окружающей действительности и, следовательно, непосредственно проявляются вовне. К примеру, умысел лица, совершившего преступление, довольно редко получает отражение на (в) предметах материального мира, но это не означает, что он не может быть установлен в процессе уголовно-процессуального познания. Поэтому Е.А. Доля считает, что возможность познания невидимого, неслышимого заложена в самих событиях объективной реальности, в объективных связях, существующих между явлениями, доступными для непосредственного восприятия органами чувств¹. Более того. Отечественные теоретики учитывали творческий процесс познания и влияние абстрактных представлений, языка на формирование знание. То, что в сознании исследователя факт часто оказывается нераздельно связанным с его теоретической интерпретацией, указывал еще Ф. Энгельс². Сам В.И. Ленин тоже считал различие между идеальным и материальным безусловным³. Для того, чтобы понять природу, человеку необходимо не только ощущать материю, но также конструировать целый ряд абстракций, которые «условно охватывали» бы постоянно движущуюся и развивающуюся природу. Эти абстракции могут включать в себя элементы фантазии: «Подход ума (человека) к отдельной вещи, снятие слепка (=понятия) не есть простой, непосредственный, зеркально-мертвый акт, а сложный, раздвоенный, зигзагообразный, включающий в себя возможность отлета фантазии от жизни; мало того: возможность превращения (и притом незаметного, несознаваемого человеком превращения) абстрактного понятия, идеи в фантазию (in letzter Instanz = бога). Ибо и в

¹ См.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-разыскной деятельности. – С. 5.

² См.: Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. – Т. 20. – С. 456.

³ См.: Ленин В.И. Полн. собр. соч. – Т. 18. – С. 151.

самом простом обобщении, в элементарнейшей идее («стол» вообще) есть известный кусочек фантазии. (Vice versa: нелепо отрицать роль фантазии и в самой строгой науке...)»¹.

Как уже указывалось выше, фантазия допускалась основоположником теории отражения в процесс познания природы. Материализм – акт веры, такой, каким может быть акт веры в бога, выбор идеализма. Существуют некие концептуальные построения, которые берутся нами в качестве культурных постулатов при выстраивании определенной познавательной стратегии. Эти постулаты сродни мифам, по крайней мере, их роль такая же – вносить управляемую структуру в поток чувственного опыта. Здесь уже намечается смычка с современными постклассическими представлениями о производстве знания, о которых мы уже начали говорить в первом параграфе. Так, по Куайну, постулируемые сущности упрощают наши представления о потоке действительности². Однако не будем забегать вперед.

На определенном этапе развития уголовно-процессуальной науки в нее вошло понятие «информация», которую трактовали как совокупность сведений, определяющих меру наших знаний о тех или иных фактах, событиях, и их взаимосвязи³. Р.С. Белкин доказывание определял как процесс извлечения, накопления, переработки, передачи и использования «доказательственной информации»⁴. Информация есть отображенное состояние явления, а информационный процесс – отражение состояния (передача свойств одного явления другому). С этим вполне согласуется предположение, по которому содержанием следов, отпечатка в отражательных процессах будет состояние взаимодействовавшего объекта, то есть информация.

Авторы, которые развивают информационный подход в понимании доказательств и доказывания, исходили из материалистиче-

¹ Ленин В.И. Полн. собр. соч. – Т. 29. – С. 330.

² Цит. по: Грэхэм Л.Р. Естествознание, философия и наука о человеческом поведении в Советском Союзе. – С. 50.

³ См.: Мамиконов А.Г. Управление и информация. – М., 1975. – С. 83.

⁴ См.: Белкин Р.С. Теория доказывания: Научно-методическое пособие. – М., 1999. – С. 75.

ской трактовки информации¹. Объяснение информационных процессов велось на основе теории отражения. Идеи отражения и разнообразия отражаемой информации обуславливают принципы подхода в определении информации, процессов ее передачи и переработки и получения знания об обстоятельствах преступления. Применительно к процессуальному познанию изменения в материи, социальной среде как результат отражения в них события, явления есть информация об этом событии, явлении, то есть те самые фактические данные, с помощью которых только и можно судить о событии преступления. «Поскольку же любое событие преступления необходимо (как и любой процесс) отражается в окружающей среде, элементами которой являются не только вещи, предметы, но и люди, в чьем сознании отражается событие преступления, постольку и процесс возникновения информации о преступлении носит необходимый, повторяющийся, устойчивый и общий характер, то есть является закономерностью»².

В литературе указывается, что уголовно-процессуальное познание связано в первую очередь с семантическим и прагматическим аспектами информации. Данное обстоятельство обусловлено тем, что для познания по уголовному делу наибольший интерес представляет деятельность субъекта познания, который собирает данные о фактах предмета доказывания, строит на их основе версии, исследует и оценивает сведения, формирует истинное и достоверное знание. Иначе говоря, нас интересует содержательная сторона информации, процессуальные способы ее материального выражения, проблемы, связанные с получением и целенаправленным использованием информации. Информация является узловой деталью между фактом и знанием. Факт предшествует информации, порождая ее. Последний элемент – знание, занимает последующее, за информацией, положение, является производным, порождается ею. Таким образом, информация являет-

¹ См. об этом: *Усманов Р.А.* Теория и практика использования криминалистической информации в процессе раскрытия и расследования преступлений. – Челябинск, 2006. – С. 46 и след.

² *Белкин А.Р.* Теория доказывания. – М., 1999. – С. 30.

ся средством, при помощи которого субъект ретроспективного познания устанавливает факт¹. Абстрактные формы мышления позволяют выйти на эмпирико-рациональные, а затем и конкретные практические действия с тем, чтобы посредством новых ощущений, восприятий, представлений получать недостающую фактическую информацию и вновь попытаться выстроить модель (образ) происшедшего, сопоставляя его с тем, который необходим как юридический факт для правильного разрешения уголовного дела. И так до тех пор, пока не будет сформирован образ (модель), содержащий всю необходимую информацию, достаточную для формулирования позиции по делу, оснований для решения, ходатайства, то есть какого-либо вывода.

Исходная доказательственная информация (то есть весь несистематизированный комплекс сведений о спорных фактах), которой располагает субъект доказывания и которую он может представить правоприменителю, уполномоченному разрешить правовой спор, проходит соответствующую обработку через мышление субъекта доказывания². Так, А. Пиюк отмечает: «Фрагменты реальной действительности, существующие объективно, вне нашего сознания, отражаются в знаниях и представлениях, получаемых в процессе познания в виде информации»³. Однако далеко не все процессуалисты отождествляли информацию со знанием, которое можно отождествить с доказательством⁴. Существуют различные объяснения того, как информация (исходная информация, информационные данные) превращается в факты, доказательства.

Как уже указывалось в первом параграфе первой главы нашей работы, мы разделяем информацию, эмпирические данные и

¹ См.: *Бурданова В.С.* Поиски истины в уголовном процессе. – С. 10–14.

² См.: *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 61–62.

³ *Пиюк А.* «Истина» или доказанная достоверность // *Российская юстиция.* – 1999. – № 5. – С. 43.

⁴ Критика подобных взглядов содержится в ряде работ процессуалистов.

См. об этом, например: *Левченко О.В.* Презумпции и преюдиции в доказывании: Монография. – Астрахань, 1999. – С. 16–18.

факты; последние мы считаем доказательствами, первые – нет. Полагаем, пришло время уточнить нашу позицию по данному вопросу, то есть высказать свое отношение к понятию «информация». Ранее отмечалось, что в отечественной криминалистике и уголовном процессе информацию трактуют в материалистическом свете. Но можно уточнить представление об этом феномене из других источников.

Информация – это не столько то, что говорится, сколько то, что может быть сказано. Информация есть мера возможности выбора. Информация – это свобода выбора при построении сообщения, и, следовательно, она представляет собой статистическую характеристику источника сообщения. Иными словами, информация – это число равновероятных¹ возможностей, ее тем больше, чем шире круг, в котором осуществляется выбор. Полученная информация, очевидно, представляет собой известное обеднение того несметного количества возможностей выбора, которым характеризовался источник до того, как выбор осуществился и сформировалось сообщение. Следовательно, для того чтобы сократить информационные возможности источника и повысить возможность передачи сообщений, возникает нужда в коде. Код ограничивает комбинационные возможности задействованных элементов и число самих элементов. Он выстраивает из имеющегося *репертуара* символов систему различий и оппозиций и закрепляет правила их сочетаний². Упорядочивающая функция кода позволяет осуществить коммуникацию, ибо код представляет собой систему вероятностей, которая накладывает-

¹ Вероятность – это отношение числа возможностей ожидаемого исхода к общему числу возможностей.

² Код – это модель, являющаяся результатом ряда условных упрощений, производимых ради того, чтобы обеспечить возможность передачи тех или иных сообщений. Это структура, представленная в виде модели, выступающая как основополагающее правило при формировании ряда конкретных сообщений, которые именно благодаря этому и обретают способность быть сообщаемыми. Сигнал – это ряд дискретных единиц, рассчитываемых в битах информации.

См.: Эко У. Отсутствующая структура. Введение в семиологию / Пер с итал. – М., 1998. – С. 66, 67.

ся на равновероятность исходной системы, обеспечивая тем самым возможность коммуникации. В любом случае информация нуждается в упорядочении не из-за ее объема, но потому, что иначе ее передача неосуществима¹. Информация корректируется кодом, устанавливающим систему вероятностей. В статистическую неупорядоченность источника вносится упорядочивающее начало кода. Однако и сам код в свою очередь информативен. Код вносит в физическую систему некий порядок, сокращая ее информационный потенциал, но по отношению к конкретным сообщениям, которые формируются на его основе, сам код в определенной мере оказывается системой равных вероятностей, упорядочиваемых при получении того или иного сообщения².

Если в коммуникации участвует человек, мы должны говорить уже не о мире сигналов, а о мире смыслов. В судебной дискурсивной практике имеет место уже не сигнализация, но процесс *означивания*. Сигнал в этом случае – значащая форма, которую адресат-человек должен наполнить значением. В языковой коммуникации, имеющей место в уголовном процессе, кодом является язык. Язык юридический – уголовно-процессуальный, который состоит из естественного языка и специальных правовых терминов. Связь означающего с означаемым произвольна, но навязанная языком, она не может быть изменена по произволу говорящего. Означаемое – это то, что благодаря коду вступает в семасиологические отношения с означающим³. В то время как исходные денотативные значения устанавливаются кодом, значения зависят от вторичных кодов или лексикодов, присущих не всем, а только какой-то части носителей языка⁴. Означающее все

¹ Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 156.

² См там же.

³ См. там же.

⁴ Лексикод выстраивается как система значащих оппозиций, но может не включать в себя правил сочетания, отсылая к тем, что установлены основным кодом, лексикодом которого он является. Коннотативный лексикод приписывает другие смыслы означаемым денотативного кода, но использует правила артикуляции, предусмотренные последним.

более и более предстает перед нами как смыслопорождающая форма, производитель смыслов, исполняющийся множеством значений и созначений, благодаря корреспондирующим между собой кодом и лексикодами. Сам факт того, что «наши мысли являются» нам не иначе как в словах, неизбежно наводит на мысль, что сам источник сообщения также подвластен коду. Язык его механизма заставляет говорить так, а не эдак, предписывая говорящему говорить одно, а не другое. А если так, то подлинным источником и хранилищем потенциальной информации следует считать сам код. Код, рассматриваемый как система вероятностей, ограничивающая равновероятность источника, но в свою очередь оказывающаяся равновероятностной по отношению к небесконечному, хотя и достаточно длинному ряду выстраиваемых на его основе сообщений¹.

Таким образом, говоря об отправителе, мы должны считать его источником информации, имея в виду, что чем бы ни была продиктована его речь, в акте говорения правила кода неизбежно регулируют и ограничивают разнообразие и богатство потенциальных высказываний². В зале суда источниками и передатчиками информации являются люди. Они говорят непосредственно сами за себя (дают показания) или говорят заочно письменной речью (протоколы следственных действий, иные письменные документы и пр.), или говорят за предметы (вещественные доказательства). Адресатом речевого сообщения является судебная аудитория. Один и тот же код используется отправителем информации и ее получателем? Применительно к судебному разбирательству можно сказать, что нет. Обстоятельства коммуникации сами по себе оказываются чем-то вроде референта сообщения, однако сообщение не указывает на них, но в них разворачивается, осуществляясь в конкретной ситуации, которая и наделяет сообщение *смыслом*. Наличие референта ориентирует в выборе соответствующего лексикода, реальное положение вещей заставля-

¹ См.: Александров А. С. Введение в судебную лингвистику. – С. 157.

² См. там же.

ет предпочесть тот или иной код. Обстоятельства определяют выбор кода. Непреложная реальность конкретных коммуникативных обстоятельств решающим образом влияет на семиологический универсум культурных конвенций, она укореняет в повседневной жизни сугубо теоретический мир абстрактных кодов и сообщений, подпитывая холодную отстраненность и самодостаточность семиотических смыслов жизненными соками природы, общества, истории¹.

Сообщение как значащая форма, которая должна ограничивать информацию (и она ее ограничивает), поступая из канала связи и преобразуясь в ту физическую форму, в которой его и опознает адресат, само служит источником новых сообщений. И тогда оно проявляет те же свойства (но не в той степени), которые отличали источник, а именно свойства неупорядоченности, двусмысленности, равновероятности. В таком случае можно говорить об информации как возможности выбора на уровне сообщения, ставшего *означающим*, когда оно получает истолкование на основе того или иного лексикода и, следовательно, окончательный выбор зависит от адресата. Эта вторичная информация, источником которой является само сообщение, отличается от информации источника: если последняя представляет собой физическую, количественно исчисляемую информацию, то первую следуют назвать информацией семиологической, она не исчисляется с помощью количественных методов, но определима через ряд значений, которые могут возникнуть под воздействием разных кодов. Физическая информация отражает статистическую равновероятность источника. *Семиологическая информация предполагает целый спектр возможных толкований.* Физическая информация определяется кодом как коррекцией, выполненной в пробабилистских терминах. *Семиологическая информация есть результат разработки, выбора сообщения-означаемого.* Для обеих характерно то, что обе они определяются как состояние неупорядоченности в сравнении с устанавливающимся порядком,

¹ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С 158–159.

как возможность двоичного выбора, совершаемого на основе уже осуществленного выбора¹. И физическая, и семиологическая информация – это «информация», воплощающая состояние свободы, которой еще только предстоит принять на себя какие-то ограничения.

С лингвистической точки зрения, речевая коммуникация происходит как процесс кодирования и декодирования языковых сигналов, если оба участника коммуникации одинаково владеют языковым кодом, то передача мысли должна быть всегда успешной. Однако этого не происходит – и слушающий, и читающий не воспринимают смысла речи полностью или воспринимают не так, как того хотели говорящий и пишущий. Перечисление факторов, могущих служить помехой в восприятии и понимании речи, выяснение так называемых «шумов». К этим факторам пришлось отнести действительные помехи в канале коммуникации, такие, как неясное произношение, нечеткость восприятия сигналов, ослышка и другие подобные и отвлекающие факторы – когда реципиент развлечен переменами в окружающей обстановке и поэтому не внимателен, отсутствие у реципиента навыка в восприятии данного вида речи, отсутствие у реципиента так называемых фоновых знаний, которые могут быть различны у коммуникатора (говорящего и пишущего) и реципиента и т. п. Одним из факторов оказалось толкование полученной речи. Одна посылка текста (message) всегда сосуществует с другими, полученными по этому же или другим каналам коммуникации (то есть видам словесности). Реципиент поэтому воспринимает единичную речь на фоне других речей и совместно с ними. При этом разные речи являются помехами одна другой, то есть каждая не только занимает время и внимание реципиента, но и содержит свою содержательную информацию, которая не обязательно согласуется между собой по смыслу. Для понимания речи в любом виде словесности (канале коммуникации) эти сопутствующие высказывания играют существенную роль. Для толкования смыс-

¹ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С 158–159.

ла речи решающим является обращение к основным, исходным видам речи, то есть к устной диалогической речи в обыденном общении¹.

На наш взгляд, доказательство появляется только тогда, когда воспринятая информация понята человеком в виде смысла². Понимание смысла является предпосылкой доказательства³. А вообще, по нашему мнению, этот термин (информация) обедняет, огрубляет представление о том, как люди в процессе речевой деятельности получают знания об обстоятельствах дела. Поэтому-то вместо информации уместнее использовать термин «факт». Соответственно информация или, иными словами, раскодированная субъектом система сигналов, которые он воспринимает с помощью органов чувств, не может квалифицироваться как факт, а только как одна из составляющих факта-знания.

Поскольку в получении, восприятии (и переводе) первичной, исходной информации и заключается акт взаимодействия субъекта и объекта (понимаемых в классическом виде), постольку именно на этот момент мы должны обратить особое внимание. Очевидно, надо трактовать эту информацию, эти эмпирические данные, которые неотделимы от своего носителя (именно он и способен оказывать раздражение органов чувств), в системе привычных для процессуалиста координат «доказательство – источник доказательства». Факт же это качественно иной продукт мыслительной деятельности по сравнению с информацией. Мы считаем, что доказательства надо отождествлять не с информацией, а с фактами, в том смысле, который был изложен в первом параграфе первой главы нашей работы. Можно сколько угодно рассуждать об информационных процессах, каналах, по которым транспортируется информация от одного получателя к другому, это не даст адекватного представления о том, как в реальности происходит установление фактов в уголовном судопроизводстве. Познание – это не инфор-

¹ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 157.

² См.: Винер Н. Кибернетика и общество // Творец и будущее / Пер. с англ. – М., 2003. – С. 19.

³ См.: Доказывание и понимание. – Киев, 1986. – С. 6.

мационный процесс, его скорее надо сравнивать с пониманием, происходящим во время речевого обмена.

При рассмотрении ретроспективного познания в динамике, можно выделить три основных элемента, составляющих его внутреннюю структуру: факт, информация, знание. Уголовно-процессуальное познание направлено на выяснение событий прошлого, оно преимущественно носит опосредованный характер и сводится к установлению и использованию фактов. Установление факта происходит в результате некоего акта взаимодействия субъекта и объекта. Объяснение этого взаимодействия не как отражения, а как всеобъемлющего *события* составляет нашу следующую задачу. Прежде чем приступить к ее решению, подведем промежуточные итоги.

Мы разделяем осторожный оптимизм в способности достижения истины по уголовному делу. Познание истины в уголовном процессе не составляет какого-либо исключения из общего правила и осуществляется в соответствии с существующими законами познавательной деятельности человека. Его следует рассматривать как частный случай познания¹. Вера в способность рационального познания реального события необходима процессуалисту. Однако знание об этом событии может носить только вероятный характер. Соответственно важно сформулировать и обосновать символ такой веры.

Уголовно-процессуальное познание не есть процесс отражения объективной реальности, снятие и последующее использование информации. Оно есть получение примерного вероятного представления на основе данных чувственного опыта, осмысленного в языковых категориях. «Объективное знание» – это не копия в сознании субъекта предмета действительности, а его модель, то есть данные эмпирики плюс интеллект.

Между ощущением и самим предметом существует несколько звеньев-посредников, преломляющих воздействие, идущее от

¹ См.: Пашкевич П.Ф. Объективная истина в уголовном судопроизводстве. – М., 1961. – С. 34.

объекта, его трансформирующее. Опосредованная связь предметов и ощущений делает ощущения не тождественными объектам, хотя, конечно, они заключают в себе, в своем содержании некоторую объективную информацию о них. Таким образом, трудности познания, основанного на чувственных данных, возникают сразу же, как только мы приступаем к нему, даже если объектом выступает неживая природа. Но в гораздо большей степени они возрастают при познании общества и самого человека. Процессы и явления, которые имеют здесь место, часто невозможно отобразить при помощи органов чувств, например, такие социальные феномены, как социальная общность, власть, честь, достоинство, идеал, совесть и т. п.

Мы разделяем мнение, что процесс познания не должен восприниматься как непосредственное получение копии предмета реального мира. Понятие «отражение» фиксирует скорее результат, а не операционную сторону познавательной деятельности, поскольку процесс познания далеко не всегда имеет отражательную природу. Это означает, что познание, имеющее своим результатом образы предметного мира, осуществляется преимущественно не отражательными по природе операциями¹.

Полагаем, что сенсорные данные можно рассматривать как материал, в котором субъекту дается предметное содержание и который в процессе восприятия подвергается различным способам переработки уже не отражательного характера – выбору, интерпретации, категоризации. Необходимо представлять познание как процесс выдвижения гипотез и затем их апробации, а также предсказание новых объектов, свойств, процессов. Это означает, что познание является не только «копированием» действительности, но предстает преимущественно как процесс выдвижения субъектом предположений, а также согласования собственных предположений с опытом, знаниями, предположениями других субъектов. Как правильно пишет О.В. Голованова, «в этом слу-

¹ См., например: Микешина Л.А. Новые образы познания и реальности / Л.А. Микешина, М.Ю. Опенков. – С. 10–11.

час, субъект познания рассматривается в единстве чувственности, мышления и деятельности. Он реализует свою активность в двух различных направлениях: в объективизации, как ориентации субъекта в мире, и раскрытии смысла существования субъекта в мире»¹.

В отечественной теории познания уделяется определенное внимания таким познавательным операциям, как репрезентация (представление сущности познаваемого явления с помощью посредников – моделей, символов, а также знаковых, логических и математических систем), интерпретация (выявление смыслов и значений, содержащихся в каких-либо символах), конвенция (введение норм и правил, знаков, символов, языковых и иных систем на основе договоренности, соглашения субъектов познания), связанным с коммуникативной природой познавательной деятельности.

Как пишет Д.А. Бочаров, при семиотическом подходе к функции доказывания относятся функции замещения реального события знаковым эквивалентом, коммуникативная и суггестивная функции, функция селекции и организации фактических данных в рамках правовой позиции, фиксаторная функция и т. п.²

Структура идеального источника информации может быть выражена схемой: материальный объект→знак→информация. Функция сигнала – носителя информации в идеальном источнике переходит на знак. Знак (буквы, цифры, слова, тексты, коды и т. д.) является субститутом оригинала. Знаки только представляют, поэтому могут быть носителями информации об оригинале только тогда, когда они имеют для субъектов коммуникации значение, то есть если на их основе уже сформированы идеальные образы объектов, которые они представляют³.

¹ Голованова О.В. Адвокатское познание по уголовному делу: Дис... канд. юрид. наук. – С. 53.

² См.: Бочаров Д.О. Доказування у правозастосовчій діяльності: загальнотеоретичні питання: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Харків, 2007. – С. 11.

³ См., например: Колдин В.Я. Информационные процессы и структуры в криминалистике / В.Я. Колдин, Н.С. Полевой. – С. 32.

На проблему языкового посредничества (вербализацию), как уже отмечалось, также обращали внимание. Примером может служить следующее рассуждение: «В уголовно-процессуальном доказывании диалектически сочетаются чувственно-предметное восприятие и логическое, абстрактное мышление. Их взаимосвязь и единство позволяют создать образ (модель) происшедшего события и облечь знания о нем в вербальную форму»¹. Фактические данные должны облечены в словесно-знаковую форму и содержаться в установленном законом источнике, то есть роль словесно-знаковой формы заключается в процессуальном закреплении доказательств².

Вместе с тем, можно констатировать, что для отечественной уголовно-процессуальной мысли свойственно сводить лингвистическую проблему доказывания к терминологической, вербальной проблеме, проще сказать, к чисто технической, инструментальной. И даже наиболее прогрессивные из современных теоретиков пишут: «Юридической способностью в воспроизведении выступает правовой язык. Язык представляет особую сложность для непрофессиональных субъектов доказывания, ведь набор профессиональной юридической терминологии столь специфичен, что представляет отдельные трудности даже у начинающих юристов. Специфика правового языка обусловлена точностью и рациональностью правового мышления. Эти свойства правового языка и образуют его стилистическую умеренность. Для правового языка характерна высокая степень правовой нормализации значений используемых понятий и выражений»³.

Между тем проблема «понимание – доказательство» приобретает специфическую постановку в свете естественного языка. В проблематику познания – понимания, на наш взгляд, языковая тема должна входить по-новому (возможно в бытийственном

¹ Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 19.

² См. там же. – С. 27, 28, 35.

³ Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 62.

плане), через такие категории, как интерпретация (но не декодирование), смысл (вместо информации)¹, контекст интерпретации и пр. При этом интерпретации, которая находится на стыке лингвистического и нелингвистического, языка и жизненного опыта², мы отводим особую роль в доказывании, которое происходит в условиях состязательности³. «Ясность текста или понятия не

¹ Если говорить языком традиционной грамматики, то смысл – это та самая «законченная мысль», которая является обязательным атрибутом предложения. Мы обмениваемся не словами и их значениями, а мыслями, используя слова (как и язык в целом) всего лишь как средство общения, или, правильнее сказать, как средство осуществления деятельности общения. Первым и исходным является в деятельности общения мысль. Она идет всегда впереди языка, а в своем языковом воплощении подчиняет себе язык, сообразуясь, разумеется, с его особенностями. В своем языковом выражении оно состоит из последовательности слов, организованной по правилам грамматики данного языка. Но эта последовательность, с точки зрения целей деятельности общения, имеет свою ценность постольку, поскольку составляющие ее единицы оказываются компонентами смыслового целого. В этом смысловом целом они теряют свою автономность и как бы растворяются в нем. И мысль, и речь – это деятельность, оперирующая дискретными единицами знакового характера и использующая каждая в отдельности свой язык, свои синтаксические правила. Смысловое содержание или смысл – не деятельность, а некоторое образование (оно не может разбиваться на части), представляющее собой результат этой деятельности. В своем законченном или «выраженном» (посредством языковых средств) виде смысл обычно вступает в новые связи с другими смыслами, включаясь в нескончаемую цепь деятельности мысли и тем самым сохраняя свою жизненную, творческую силу. На уровне мысли такой смысл образует мыслительную единицу более высокого порядка, а на языковом уровне также сложную по своему образованию речевую единицу, которая именуется предложением.

См.: Звегинцев В.А. Язык и лингвистическая теория. – 2-е изд. – М., 2001. – С. 168, 169.

² См.: Рикер П. Герменевтика и психоанализ / Пер. с фр. И.С. Вдовина. – М., 1996. – С. 100.

³ В настоящее время психологи настаивают на вездесущности толкования, которое существует даже на уровне восприятия. Следует говорить об отсутствии единственного толкования как об общем правиле. Факт поддержки лишь одного толкования или вера в существование лишь единственного толкования является свидетельством какой-либо системы верования или определенной системы восприятия мира.

См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 161–162.

может быть абсолютно обеспечена, если между комментаторами не существует соглашения о сужении контекста для толкования. Таким образом, необходимость в толковании является общим правилом, а отсутствие толкования является искусственно созданным и исключительным случаем»¹.

Множественность интерпретаций (существование конфликтующих знаний) перестает, таким образом, быть нежелательной, хотя и временной, и в принципе исправимой, и становится конститутивным свойством знания. Иначе говоря, интерпретирующий разум рождается вместе с примирением человека с внутренне плюралистической природой мира и ее неизбежным последствием – амбивалентностью и непредзаданностью человеческого существования. Это примирение со случайной природой мира и всего знания не является для интерпретирующего разума признаком слабости и капитуляции»².

Главная мысль современного экзистенциально-антропологического подхода к проблеме познания / доказывания состоит в том, что когда субъекты доказывания оперируют смыслами, передающими мысль с не всегда определенными понятийными границами, всегда есть место для переинтерпретации, эрозии передаваемого речью смысла и одновременно имеет место восполнение его, привнесение новых оттенков. Так возникает сомнение, так получает основание проблема искажения, утраты смысла при обсуждении обстоятельств дела, но также восстановление и обогащение его – посредством диалога, обеспечиваемого состязательной процедурой, посредством подключения новых, ценностных моментов к первичным данным в процессе их верификации, восполняющей переинтерпретации. Если традиционный гносеологический подход элиминировал познающего субъекта, его ценностно-смысловую структуру, его заинтересованное, «участное мышление» (М. Бахтин) и рассматривал результат познания

¹ Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С.211.

² См.: Карнозова Л.М. Возрожденный суд присяжных. Замысел и проблемы становления. – М., 2000. – С. 81.

только с точки зрения истины как соответствия полученного знания объекту, то теперь квалифицирующие характеристики познающего субъекта квалифицируются не как источники искажений и артефактов, а как конститутивный момент человеческого познания¹.

Укажем несколько принципиальных лингвистических постулатов, необходимых для осознания важности языковой природы уголовно-процессуального познания. Нет такой грани, где кончается язык и начинается память, намерения или убеждение. Основу понимания, по мнению знаменитого отечественного филолога и мыслителя А. Потебни, составляет внутренняя языковая форма, посредством которой люди находят точки взаимопонимания и согласия. «Понимание не повторяет, не дублирует говорящего, оно создает свое представление, свое содержание; и говорящий, и понимающий остаются каждый в своем собственном мире; слово дает только направление, острие конуса. Между тем говорящий, и понимающий вовсе не остаются каждый в своем собственном мире; напротив, они сходятся в новом, третьем мире, мире общения, они обращаются друг к другу, вступают в активные диалогические отношения. Понимание чревато ответом»².

В.С. Соловьев писал, что познание осуществляется в слове и через слово, в котором мышление получает свое бытие. Мысль неразрывно связана со словом, опирается на язык, который благодаря указанию на достоверность обозначаемого им способствует наделению истины метафизической сущностью, а не только гносеологической. Онтологизация процесса познания в русской религиозной философии была обусловлена самобытным пониманием природы слова³.

Слово, по Аксакову, выступает как тот новый мир, благодаря которому природа, дух, жизнь, все бытие осознанно и действительно предстает перед человеком. Неразрывная связь мысли со

¹ См.: Карнозова Л.М. Возрожденный суд присяжных. – С. 81.

² Цит. по: Бахтин М.М. Собрание сочинений: В 7 т. – М., 1996. – Т. 5. – С. 209.

³ Цит. по: Безлепкин Н.И. Философия языка в России: К истории русской лингвофилософии. – СПб., 2001. – С. 317.

словом означает, что человек посредством слова не просто в сознании «повторяет предмет», но это удвоение есть новое возвращение к самому себе на почве знания и выражается предлогом *со*: *со-знание*. Человек со знанием, с полным отчетом в этом понимании предмета и есть познающий субъект¹. Не копирует окружающую среду. Напротив, человек все развивает из себя и все внешние впечатления подчиняет тому образцу, который лежит в глубине его духа. Объективная реальность есть только предлог, толчок для познания. Истина, по мнению Аксакова, не может быть открыта чисто интеллектуальным путем, она не есть лишь суждение. Ценностный смысл имеет истина – дорационалистическое убеждение².

Так, Г.Г. Гадамер утверждает, что язык – это универсальная среда, в которой осуществляется само познание. Способом этого осуществления является истолкование, интерпретация. Проблема языкового выражения есть проблема самого познания. Всякое понимание – истолкование, а всякое истолкование разворачивается в среде языка, который, с одной стороны, стремится выразить в словах сам предмет, с другой же – является языком самого толкователя³. Он же указывал на важность контекста, в котором происходит интерпретация: «Принадлежность истолкователя тексту подобна принадлежности оптического центра, перспективе, заданной в картине [...] тот, кто понимает, не выбирает точку зрения по собственному произволу, а находит свое место данное ему заранее»⁴.

В чем состоит главное препятствие для того, чтобы отождествлять познание, происходящее в уголовном судопроизводстве, с отражением? На наш взгляд, это препятствие заключается в опосредованном характере познания, осуществляемого в уголовном процессе. «Опосредованность» понимается нами не в том обыч-

¹ Цит. по: *Безлепкин Н.И.* Философия языка в России: К истории русской лингвофилософии. – С. 113.

² См. там же. – С. 114–115.

³ См.: *Гадамер Г.Г.* Истина и метод. – С. 452.

⁴ Там же. – С. 388.

ном смысле, который используют для характеристики получения выводного знания, а в том, который призван показать наличие слоя *пред-знания* и знания, которое неминуемо привносится, прибавляется к первичной информации, данным эмпирики или же, наоборот – фильтрует и может даже в известной степени обедняет или искажает ее. Этот момент опосредования, преобразования, трансформации несут с собой язык, речь. Информация, передаваемая речью, настолько же объективна, насколько субъективна. Но проинтерпретированная информация – не информация в том привычном объективном (идеальном) смысле, который традиционно вкладывают в этот термин, это уже нечто другое – смысл. *Поэтому оставим информацию криминалистам, вернемся к понятию факта, традиционного для теории доказательств, выросшей из гуманитарного знания.*

Субъект доказывания имеет возможность пользоваться только теми сведениями, которые закодированы в различных знаковых системах. Получается, что любой познавательный акт опосредован языком, переведен в разряд информации, знаковую систему. Это уже обсуждалось в науке. Но надо развить эту идею и сказать, что в ходе познания в уголовном процессе субъекты выступают как речедейтели и обмениваются посредством слов и фраз смыслами, а важно и то, чтобы результат этого обмена – высказывание понималось окружением как истинное, справедливое, правильное.

Ю. Хабермас понимает коммуникативное сообщество (субъект познания), которому соответствует идея истины, как неограниченное сообщество «исследователей». Идеализация (конвенция) – отождествление значений и требований идеальной подтверждаемости истинности высказываний – производится нами в обыденном употреблении языка, что вызывает к жизни процесс рационализации, что побуждает и обычных участников коммуникации аргументировать, подтверждать и опровергать, развивая границы собственного языкового сообщества¹. Следовательно,

¹ См.: Хабермас Ю. Демократия. Разум. Нравственность. – М., 1995. – С. 186–189.

познание не только получение знания, соответствующего действительности, но и процесс приведения знания в соответствие с другими истинными высказываниями.

Понимание есть духовно-практическое освоение мира. Оно имеет диалоговую структуру, ядром которой является субъект-субъективное отношение. Оно является всеобщей характеристикой человеческого освоения мира¹.

Понимание ставит во главу угла познающего субъекта и в качестве результата фиксирует соответствие полученного знания не только (не столько) познаваемой реальности, но и представлениям самого субъекта, его ценностно-смысловой, этической и интенциональной сфере, его деятельностной включенности².

Вообще говоря, понимание не только не требует доказательства, но и не обязательно является процессом рациональным (скажем, понимание музыки). «Понимание может быть охарактеризовано в терминах психологии как ассимиляция и аккомодация личности и личностью внешнего мира. Принятие или непринятие явления внешнего мира в систему ценностей, непосредственное или опосредованное рядом взаимодействий, и есть процесс (результат) понимания»³.

Понимание в той степени, в которой оно является результатом языковой, вербальной коммуникации, рационально в том смысле, что оно может находиться под рациональным контролем. И несомненно, что процессуальные нормы предназначены именно для обеспечения этого контроля (требования к относимости вопросов, речей участников процесса). Познание требует оценки соответствия сообщаемых сведений тому, что есть в действительности, или оценки на истинность. Всякое понимание речевого сообщения, которое противоречило бы этому требованию, отверга-

¹ См.: Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 33, 35.

² См.: Карнозова Л.М. Возрожденный суд присяжных. – С. 82.

³ Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 31.

ется как неправильное. Понимание как феномен познавательного процесса связывается с доказательством истинности или ложности понятого.

Познание истины как получение достоверного знания о реальности, понимание, осмысление ее в ценностно-этическом контексте, ее доказывание (обоснование) в условиях состязательности, конкуренции интерпретаций есть взаимообуславливающие друг друга процессы, происходящие в уголовном судопроизводстве при разрешении уголовного дела.

Понимание выступает вопрошанием. Оно требует ответов на вопросы: кто осуществляет действие (агент), какова цель действия, каковы последствия (эффект), на кого это действие влияет (получатель)¹. Вопрошание, таким образом, является поиском ответов на вопрос о том, как задан предмет понимания относительно определенных действий. Это и позволяет представить герменевтическую ситуацию в виде неких «сценариев», «сюжетов» через схемы, стратегии, события².

Если трактовать язык как систему знаков, то получается, что познание – это есть обмен знаками, которые истолковываются один через другой. Есть известная позиция, согласно которой знаки взаимно интерпретируют друг друга. Любой знак может быть выражен с помощью другого знака, внутри которого он раскрывается с большей полнотой. По словам Ч. Пирса, мы мыслим только с помощью знаков³. Мы познаем окружающий нас мир по определенным лингвистическим схемам. Языки воплощают в себе «совокупность речевых навыков, моделей», «системы моделей», «семантические типы» или «основу лингвистических систем», складывающуюся из установленных способов выражения мысли и опыта. Чтобы достичь реальности, мы должны быть в состоянии сравнить образ с реальностью. Выражая мысль,

¹ См.: Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 50.

² О каждом из этих понятий будет говориться в последующих частях нашей работы.

³ См.: Пирс Ч.С. Избранные произведения. – С. 40, 41.

мы пользуемся определенной схемой, но правила интерпретации (перевода в другие символы) не даются¹.

Язык – это универсальная среда, в которой осуществляется само познание, которое не может быть в суде ничем иным, как пониманием (интерпретацией) знаковых систем – текстов. По словам Ф. Шлеермахера, «понимание текста зависит от контекста, а понимание контекста – от представления текста»². Понимание окружающей нас действительности, событий, явлений, происходит в ходе истолкования, интерпретации эмпирических данных, которые даются нам с помощью органов чувств. Проблема языкового выражения есть проблема самого понимания-познания.

Всякое понимание – истолкование, а всякое истолкование развертывается в среде языка, который, с одной стороны, стремится выразить в словах сам предмет, с другой же – является языком самого толкователя³. Понимание возможно лишь языковое. Мысли не могут развиваться независимо от слов. Придание языку лишь выразительной функции обедняет понятие о нем. Слово не является лишь какой-то внешней оболочкой по отношению к мысли, чем-то посторонним для мысли. Язык скорее орудие мышления: мышление создает для себя нечто при посредстве языка. Явления языка до известной степени принадлежат к явлениям мысли⁴.

Активная роль языка как орудия и средства мыслительной деятельности человека экспериментально подтверждена современными лингвистическими и психологическими исследованиями, обосновавшими необходимость использования языковых средств для протекания процессов мышления. Везде, где в делах людей достигается договоренность или согласие, независимо от того, какие при этом используются социальные условные знаки,

¹ См. об этом: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 80–81.

² Цит. по: Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 54.

³ См.: Гадамер Г.Г. Истина и метод. – С. 452.

⁴ См.: Безлепкин Н.И. Философия языка в России. – С. 134.

эта договоренность достигается при помощи языковых процессов или не достигается вовсе¹.

Осознав значение языкового фактора для понимания природы уголовно-процессуального познания, А.С. Александров по-новому поставил вопрос о переводе эмпирических данных, то есть данных чувственного восприятия, на уголовно-процессуальный язык и последующем использовании этих данных (уже в вербализованной форме). Он видит в вербализации не конечный момент познания, а увязывает ее с самим мышлением. По мнению А.С. Александрова, знаки превращаются судоговорением (дискурсом) в аргументы, доводы спорящих сторон; нагружаются посредством юридической техники и ораторики коннотативными значениями идеологии. В ходе доказывания, таким образом, вначале воспринимаются следы, затем следы превращаются в знаки посредством юридического языка (например, текст протокола осмотра места происшествия), а потом включаются в систему средств убеждения судебной речи, связанную с идеологией и риторикой².

Фактор убеждения, составляющий силу судебного доказательства, происходит из языкового опыта, пронизывающего наше восприятие речевых сообщений. Он идеологичен. В суде прагматичность для юриста состоит в использовании идеологии. Мир идеологий входит в кругозор получателя информации. Идеология – это все то, чем так или иначе проникнуты (пропитаны) адресат и та социальная группа, которой он принадлежит, система его психолингвистических ожиданий³, установка на декодирование сенсорных данных; все его интеллектуальные навыки – жизненный опыт, здравый смысл, мораль, культура. При обсуждении в суде фактов предполагаемого события преступ-

¹ См.: Сепир Э. Язык // Избранные труды по языкознанию и культурологии. – М., 1993. – С. 226.

² См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 164.

³ То, что мы ожидаем понять, должно быть ограничено условиями, необходимыми для нашего существования как понимающих субъектов. В этом суть антропологического (экзистенциального) принципа понимания.

ления участники доказывания, как правило, исходят из общей для них системы ценностей и представлений. Некоторые из них официально закреплены в тексте закона, некоторые нет. Их условно можно назвать принципами уголовного процесса. Правовые аксиомы, идеологемы не требуют доказательств. В принципах выражается договорной опыт понимания социальной реальности. В них закреплены господствующие юридические ценности. Эти исходные начала принимаются в качестве первоначального допущения, которое необходимо для того, чтобы выстроить непротиворечивую систему рассуждений и убедить контрагента. Определенный набор базовых высказываний, выражающих сущность отношения власти к личности, обществу, знанию, образует своего рода аксиологическое ядро доказывания и познания. Это ядро образует смысловой центр для понимания и истолкования информации, представляемой суду на рассмотрение и оценку. На систему принципов доказательственного права воздействуют закономерности развития речи в обществе, культуры, цивилизации¹.

Не во всем соглашаясь с А.С. Александровым, А.Н. Стуликовым и другими приверженцами лингвистического подхода к трактовке познания / доказывания в уголовном процессе, можно признать, что в интеллектуальной деятельности субъекта познания не совсем корректно использовать слово «информация», поскольку оно слишком унифицировано, обезличено. Поскольку рассудочная деятельность непосредственно связана с речевой, постольку более уместен другой термин – *смысл*² для объяснения того, как используются факты в доказывании.

¹ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 204–209; Александров А.С. Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов. – С. 90.

² По А. Черчу, смысл – то, что бывает усвоено, когда понято имя. По утверждению Фреге, смысл слов проявляется только в контексте суждения. Отечественный специалист Н.И. Жинкин писал, что смысл образуется при переходе от языковых знаков к их конкретному предметному содержанию.

См.: Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 148–150.

Понимание есть акт представления смысла. Образование смысла связано с действием механизма понимания. Презумпция осмысленности состоит в том, что понять можно лишь то, что имеет смысл и, следовательно, приобщено к человеческой деятельности. В силу такой осмысленности мы понимаем то, что понимают другие или могут сделать предметом своей деятельности¹.

Кто поймет значение языка и речи в познании, тот откажется от информационной теории доказательств. Языковой аспект познания, который был упущен даже представителями информационного подхода к пониманию процесса познания, является, наш взгляд, ключевым для объяснения адекватности опосредованного познания судом события, имевшего место в прошлом, которое стало предметом его исследования. Доказательство – это не информация, а факт, то есть знание, воплощенное в речевую, языковую форму. Это знание проинтерпретированное, проведенное не по информационным каналам², а преобразованное в процессе речевого общения, модель которого задана состязательной формой уголовного процесса. На факте лежит отпечаток более глубоких слоев знания – правовой идеологии, культуры, морали и прочего, то есть в них присутствует ценностный момент.

Хотя высказывание на первый взгляд, как может казаться, содержит только факты, оно предполагает оценку. Различие

¹ См.: Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 34, 150.

² Как пишет В.Я. Колдин, «информационные каналы, ведущие к получению доказательств и установлению юридических фактов, имеют сквозной характер и проходят через деятельность оперативно-разыскных органов, органов дознания, предварительного расследования и суда, а также обслуживающих деятельность этих органов информационных, регистрационных и экспертных систем. Конечный продукт этой информационной деятельности – приговор или решение суда является продуктом всей этой информационной системы».

Колдин В.Я. Проблема истины и факта в уголовном процессе России // Уголовно-процессуальные и криминалистические проблемы методологии и практики расследования экономических и иных преступлений: Материалы межрегиональной научно-практической интернет-конференции / Под ред. А.Ф. Лубина. – Н. Новгород, 2008. – С. 33.

между сказанным и тем, что представляет собой добавление смысла, может быть оспорено и зависит от одобрения или неодобрения фактов, приведенных оратором. Точно так же выбор толкования фактов, произведенных оратором, не может быть назван выбором, пока не появится новое возможное толкование. Для того, чтобы привлечь внимание к совершенно разным толкованиям, необходимо, чтобы выводы, вытекающие из одного толкования, отличались от выводов, которые можно сделать на основе другого толкования. Может произойти и так, что эти различия будут замечены лишь в определенном контексте¹. Необходимо учитывать не только выбор данных, но также способ их толкования и значение, которое они получают в результате этого толкования. Отличие толкования от самих фактов заключается в том, что толкование предполагает сознательный или бессознательный выбор между различными значениями данных. По мнению Х. Перельмана, в практике аргументации данные являются элементами, на которые есть согласие слушателей, по крайней мере временное или условное согласие, которое является однозначным или спорным. Этим данным можно противопоставить их толкование, которое представляет собой выбор между значением и фактом. Толкование не является частью тех фактов, в отношении которых оно высказано. Проблема толкования возникает при анализе непоследовательных толкований, которые заставляют нас усомниться в понятности какого-либо факта. Но как только появится более разумное толкование, оно воспринимается слушателями в качестве такового и проблема толкования исчезает. Толкование – это не только выбор между несколькими объяснениями, которые не согласуются между собой. Выбор – это еще и избрание контекста толкования². Одно и то же явление может быть показано в очень узком контексте и не быть связано с ситуацией. Но его можно показать и как символ, веху какого-либо глобального процесса, со-

¹ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 209–210.

² Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 210.

бытия, то есть в более широком контексте. Разные толкования не всегда противоречат друг другу. Но освещение одной стороны, если оно займет место сознания слушателя, оставит неувиденной другую. В этих случаях толкование – это не только выбор, но и творение, изобретение значения. Основной процесс, существующий в отношении толкования, это борьба между ними за то, чтобы осветить одни и приглушить другие. Бесконечная сложность толкования, подвижность толкований и их взаимодействие объясняет невозможность уменьшения числа высказываний до определенного количества. Даже если уровень знания позволит нам уточнить возможное количество, это произойдет лишь в рамках одного единственного толкования. Условно ничего не мешает определению точного количества толкований, но ничто не может остановить появления нового толкования. Возможности толкования не могут быть исчерпаны¹.

Признавая эффект трансформации, преобразования, «метафоризации», идеологизации «первичных данных» – в ходе языкового познания, – мы не абсолютизируем значение лингвистического фактора. Неправильно, когда проблематика познания фактически сводится к языковой и вместо обсуждения вопросов о достижении истины о реальных обстоятельствах дела возводится в ранг методологического тезиса о языковом релятивизме уголовно-процессуального познания. Так, А.С. Александров пишет, что следует пересмотреть логоцентристскую познавательную схему «субъект – объект», где язык выступает как посредник между ними; опровергнуть представление о всецело референциальном характере судебной истины. Судебная истина связана с реальной действительностью. Но эта связь не основана на механизме отражения². Он утверждает, что в доказывании *de facto*, то есть в познании, можно выделить первичную подсистему, где происходит процесс «семиозиса»: когда производятся знаки. На низшем

¹ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 210.

² См.: Александров А.С. Речь – понимание – доказывание в уголовном суде. – Н. Новгород, 2003. – С. 77.

уровне присутствует реальная действительность и лингвистика. Явления действительности (следы) приобретают здесь языковую форму. «Реальность» проговаривается, «именуется», наделяется смыслом, «переваривается» языком. Причем плоскость юридического языка выступает секущей по отношению к сфере обывденного языка, внося дополнительный риторический эффект идеологического искажения в семиотические объекты¹. При всем уважении к значимости языкового фактора мы не можем согласиться с выводом о том, что факт-доказательство – лексическое образование, с которым связывается предположение об истинности его смысла.

Как известно, главный тезис постмодернизма состоит в том, что знаки отсылают к знакам, а не к реальным вещам. Совокупность знаков должна пониматься как замкнутая система. Трактовать знаки как различия в системе. Структура – автономная сущность внутренних зависимостей². В условиях закрытости универсума знаков знак является либо различием между знаками, либо внутренним различием между выражением и содержанием, свойственным каждому знаку³.

Некоторые под влиянием постмодернистских учений склонны к тому, чтобы оторвать знаковую реальность от объективной реальности. Пресловутый тезис «знаки отсылают к знакам» ведет к тому, что доказательства, трактуемые как знаки, оказываются оторванными от действительности, о которой в принципе они должны информировать тех, кто участвует в обмене знаками. Судебная, лингвистическая, знаковая действительность оказывается замкнутой сама в себе. Так называемыми экстралингвистическими факторами судьбе рекомендуется пренебречь. Такова суть взглядов не только А.С. Александрова, но и многих авторов, тяготеющих к формальному истолкованию сути познавательных процессов, происходящих в суде и на предварительном расследо-

¹ См.: Александров А.С. Речь – понимание – доказывание в уголовном суде. – С. 77.

² См.: Рикер П. Конфликт интерпретаций: Очерки герменевтики / Пер с фр. И. Сергеевой. – М., 1995. – С. 127.

³ См. там же. – С. 127–128.

ваний¹. Так, С. Пашин писал, что уголовное судопроизводство – прежде всего правовая рамка, позволяющая установить на основе доказательств, имеют ли следователь, прокурор, суд дело с преступлением либо безразличным для уголовного права поступком, с виновным или невиновным в совершении запрещенного уголовным законом деяния лицом. При этом правовая форма работы всеобща, обязательна и самоценна². А.С. Александров утверждает: «Средства и способы доказывания – суть фигуры речи. Доказать – значит убедить аудиторию в правдоподобии своего рассказа. Это значит так прочесть текст, чтобы судья поверил в то, о чем в нем говорится. В суде знаки отсылают к знакам, одни тексты отсылают к другим. Бесполезно надеяться на то, что «объективная истина» явится во всем блеске своей неотразимости в место, где происходит грязная человеческая возня за выживание. Судебная речь имеет дело с верой, а не научным знанием, мнением («доксой»), а не истиной («алетейей»). Игра по продолжению в бесконечность синтагматических цепей, то есть судоговорение, имеет ценность сама по себе. Она нужна обществу для легализации насилия. Узаконивания практики применения репрессии к одним и оправдания других. Выигрыш же в судебном споре, который дает право на обладание судебной истиной, есть частный эпизод в непрестанной борьбе за власть, имеющий значимость в глазах только нескольких индивидов. Для общества же в целом важен сам по себе процесс речедеятельности – судебная речь... где происходит проговаривание запретов, насилия; происходит разрядка, сублимирование агрессивной энергии людей»³.

Если факты, с которыми имеет дело суд, это только «правильные сообщения», которыми обмениваются участники процесса, то это может привести к выводу о том, что истина судебная формальна, можно ставить вопрос только о соответствии утвержде-

¹ См., например: Григорьева Н. Принципы уголовного судопроизводства и доказательства // Российская юстиция. – 1995. – № 8. – С. 40.

² См.: Пашин С.А. Пояснительная записка // Проект УПК РФ. – М., 1994. – С. 3.

³ Александров А.С. Назначение уголовного судопроизводства и наказания / А.С. Александров, И.А. Александрова, И.В. Круглов. – С. 104.

ния. Именно так ставится вопрос формалистами: ставить вопрос об истине уместно по отношению к суждению, пропозиции, высказыванию, но не по отношению между ментальным образом и самой вещью, которая стала предметом постижения. Таким образом, доказывание сводится исключительно к логической деятельности, а критерий истинности заключается в определении истинности суждения, безотносительно его соответствию действительности. Иными словами, происходит паразитирование на отдельных моментах юридического познания, абсолютивизация их значения. Познание, таким образом, формализуется вплоть до признания ценности системы оценок доказательств, принятой в формальном доказательственном праве¹. Это тупиковый путь развития теории доказательств.

Формализм, юридический или логический, или семиологический, отрицает ценность работы с самой реальностью, а делает самоценной деятельность с образами ее: предложениями, знаками, логическими категориями и т. п. Этот идеализм, причем идеализм не одухотворенный какой-то высокой идеей, а проникнутый циничным оправданием любого решения властного органа, безусловно, разрушителен для правовой культуры. Истиной в такой формулировке выступает не в виде соответствия знания реальному положению вещей и даже не как формальная правильность суждений, а маскировка лжи искусственными словами². Это типичная спекуляция на объективных трудностях познания в уголовном процессе. Однако возводить трудности познания в ранг абсолюта нельзя. Отрыва знания от объективной реальности нет. В этом убеждает повседневный опыт. Критерий истинности знаний, полученных в ходе производства по уголовному делу, лежит не сравнении с другими «правильными» суждениями, а в вери-

¹ См.: Александров А.С. «Похвала» теории формальных доказательств. – С. 34–47.

² Софистика как известно была взята на вооружение неоконсерваторами, которые исходят из того, что нравственности нет и что есть только одно естественное право – право высших царить над низшими.

Цит. по: *Воскобойников Д.* В преддверии 2009-го // Известия. – 2008. – 19 декабря.

фикации. Верификация фактических данных не есть сугубо логический, семиологический, формально-догматический – внутри-системный процесс, процесс работы с искусственными производными; она главным образом касается соотношения доказательственных данных и реальной действительности. Факты должны быть истинными, достоверными. Они должны быть связаны с реальностью, позволять составлять правильное представление о ней.

Признавая необходимость пересмотра в свете достижений современной науки классических юридических конструкций (разработанных еще во времена античности римскими юристами), мы хотим внесения дополнительной ясности в их содержание, но не отрицания. Поэтому считаем необходимым зафиксировать наличие несогласия с представителями, условно говоря, «новой волны» ученых-процессуалистов, ставящих под сомнение позитивизм уголовного процесса и его назначения, отрицающих ценность рационального познания истины в уголовном процессе, отрицающих саму истину и таким образом лишаящих моральной силы правосудие и его акты. Объективная реальность существует, она познаваема и дана нам в виде чувственных данных, на которых строится система знания. Скепсиса относительно результатов познавательных усилий, конечно, стало больше, но он не носит разрушительного характера, не приводит к замыканию процесса познания на самом себе – производство текстовых фактов и на их основе производство текста приговора. «Мы в состоянии создавать лишь частичные фрагменты истолкования себя и события»¹. Но мы можем в целом верно истолковывать те элементы события прошлого, которые позволяют нам дать его юридическую оценку. Нельзя признать допустимым познания абсолютной истины любыми средствами. Но нравственный императив требования к достижению объективной истины сохраняется. С.В. Балакшин правильно пишет: «Бесмысленно отрицать тот факт, что прокурорско-следственной и судебной практике уста-

¹ Рикер П. Конфликт интерпретаций: Очерки герменевтики. – С. 78–79.

новить, что произошло в действительности, по каждому уголовному делу, невозможно. Но это не значит, что нужно снизить планку при определении цели доказывания»¹.

На наш взгляд, постнеклассическое мышление позволяет занять правильную, с нашей точки зрения, позицию для ответа на вопрос о «достоверности факта». Преодолеть релятивизм и деструктивность мы намерены путем своего рода диалектического отрицания релятивистских выводов, проистекающих из того, что познание осуществляется языковыми средствами, а это в свою очередь приводит к выводу о том, что судебное познание есть оперирование знаками, то есть это деятельность замкнутой знаковой системы, где истинность одного знака определяется через другой знак, но никак не отсылкой ко внезнаковой реальности.

Необходимо осуществить обратное движение к трансцендентальности, однако не через повторение классического трансцендентализма, ибо учитывается опыт неклассики, которая разрушила привычный образ некоего идеального субъекта, противостоящего столь же цельному объекту, и взаимодействие между ними по типу отражения.

Есть несколько путей избежать соблазна, которым искушает постмодернистская мысль. Мы укажем несколько из них и убедимся, что все они по-разному, но приводят к одному результату.

Первый путь известен давно, указан он был еще Кантом, а еще ранее Сократом, Платоном и другими мыслителями, его своеобразную версию давали русские духовные мыслители и представители такого современного течения, как синергетика. Так, по П.А. Флоренскому, «познание – плод слияния энергий (внешних проявлений) субъекта и объекта, наблюдателя и наблюдаемого», «плод общения духа и познаваемого мира»².

Идея взаимного воздействия друг на друга наблюдателя и объекта наблюдения – это вполне в духе неклассики и, на первый

¹ Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 20.

² Флоренский П.А. У водоразделов мысли // Флоренский П.А. Сочинения: В 4 т. – М., 2000. – Т. 3. – Ч. 1. – С. 256.

взгляд, даже подтверждается эмпирическим путем. Разве показания свидетеля не плод взаимодействия допрашивающего и допрашиваемого? Допрос есть диалоговое взаимодействие, коммуникация, обмен информацией, но в подоснове всего лежит понимание, осмысление того, что говорится.

Устное сообщение свидетеля, безусловно, несет на себе отпечаток взаимодействия, энергии следователя, защитника и, возможно, других субъектов доказывания.

Мы согласны с тем, что имеет место взаимодействие объекта и субъекта в синергийном акте познания. Получается *со-деятельность* двух бытий, субъекта и объекта. Субъект привносит себя, свою энергию в энергию объекта, но возможность объективного познания сохраняется¹. Как было показано в предыдущем параграфе, слияние субъективности и объективности имеет место в факте. Факт есть результат синергийного взаимодействия события, ставшего объектом познания органов следствия и суда, и шлейфа субъективности, который окутывает любую познавательную деятельность. Факт – это событие, когда из одежды субъективности выявляется его интересубъективность.

Мы не в состоянии изменить метаконтекста, в котором происходит познание объекта, или избавиться от тех факторов, которые условно называются «субъективными». Всегда существуют определенные онтологические положения, выступающие априорными по отношению к познавательной деятельности и вообще делающие такую деятельность возможной. Одним из таких априорных положений выступает и представление об объектах действительности, существующих независимо от нашего знания о них. Без наличия соответствующего набора контекстов (самое наглядное – процедура допроса) сообщение свидетеля о событии не было бы воспринято и оценено как факт. Следует согласиться с В.С. Степиным в том, что для человека, сформированного соответствующей культурой, смыслы ее мировоззренческих универсалий чаще всего выступают как нечто само собой разумеющееся

¹ См.: Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 120.

ся, как презумпции, в соответствие с которыми он строит свою деятельность и которые он обычно не осознает в качестве глубинных оснований своего мировоззрения и мироощущения¹.

Напомним, в первом параграфе мы пришли к заключению, что система воплощенных в языке уголовно-процессуального права конвенций относительно устройства мира и знания о нем образует подоснову понимания субъектов познания, благодаря языковой, процессуальной форме данные эмпирики преобразуются (формируются) в факты. Такие факторы, как природа человека, культурный и технический багаж, традиции, законы, непосредственно влияют на содержание процессуального знания и на содержание факта, в частности, определяя если не тот смысл, который может быть придан каждому отдельному событию действительности, то тот набор возможных смыслов², в которые человеческий разум может «одевать» событие, устанавливая юридические факты. В процессе перевода на язык уголовного судопроизводства данные чувственных восприятий приобретают правовую форму, превращаются в юридические факты, а значит сама структура факта неминуемо претерпевает изменения за счет привнесения различного рода элементов, связанных с функционированием правосудия, науки, морали и т. п. Факт, как выяснилось, имеет сложную структуру на каждом этапе своего формирования, помимо эмпирики, в нем есть теория, идеология, партийность, то есть все то, что можно было бы отнести к человеческому фактору, к субъективности, к языку, а в итоге – к культуре, менталитету нации. Невозможно отождествлять факт просто с чувственными данными, с эмпирическим опытом, с информацией, то есть «объективностью» как таковой, поскольку в структуре фактического знания присутствуют также и абстрактно-теоретические моменты, элементы обыденного сознания (здравый смысл); элементы идеологии и пр. Факт представляет собой диалектическое единство субъективного и объективного; в факте

¹ См.: Степин В.С. Теоретическое знание. – М., 2000. – С. 54.

² Всегда остается реальная возможность «двойственности позиций».

информация, полученная из документа, показаний и другого источника, объединяется с субъективной позицией субъекта, получившего информацию и представившего ее суду в определенном изложении. А это установка субъекта доказывания в свою очередь детерминирована языком права, культурой и в конечном счете всем историческим опытом познания.

Факты устанавливаются судебным следствием – это понятно любому судебному деятелю¹. «Факты – это данные судебного следствия»². Не следователь, а судья, присяжный удостоверяет наличие факта по результатам состязательного судебного разбирательства. На фактах, установленных в судебном следствии присяжные заседатели должны основывать свои суждения. На этих фактах-доказательствах, а не на аргументах сторон³, которые будут предложены им в прениях сторон. Вот в чем смысл наставлений присяжным заседателям, которые даются во всех судах.

«Создать факт» для суда – это значит сконструировать в представлении участников доказывания образ действительности, которая в той или иной степени представлена источником (источниками). При всей важности влияния системы конвенций, сложившейся внутри юридического сообщества, на образование факта мы не отрицаем связи факта с реальной действительностью. Уголовно-процессуальный факт – это данное, которое, безусловно, содержит в себе информацию о реальном событии, не копию его, а образ, закрепленный в знаковом виде и имеющий смысловое прочтение. Насколько адекватно этот образ отражает реальное событие – другой вопрос, на который также надо ответить.

¹ Высказывания такого рода имеются и в отечественной, и в зарубежной литературе.

См.: *Арсеньев К.К.* Судебное следствие: Сборник практических заметок. – СПб., 1871. – С. 268.

² *Сергей П.* Искусство речи на суде. – Тула, 1998. – С. 152.

³ Иными словами, готовых к употреблению интерпретациях фактов. Не пассивное потребление, не деловитость подставленных ушей, а порыв к критическому, самостоятельному осмыслению содержится в наставлениях к присяжным.

Так же, как факт представляет собой единицу знания, так и познание состоит в получении фактов и их использовании в конструировании оснований для юридически правильного решения. Познание состоит в получении фактов и использовании их для установления главного факта – состава преступления, вменяемого в вину обвиняемому.

Могут возразить, что расследование ведется ввиду открытия признаков состава преступления и может привести к открытию того, что событие отсутствует, то есть обвинение и состав преступления не становятся актуальными проблемами доказательственной деятельности. Но на это надо возразить, что под юридическим фактом может быть любая юридическая конструкция, модель, тот же самый набор признаков преступления или основание для прекращения уголовного дела по пункту 1 части 1 статьи 24 УПК РФ. Всегда предметом юридического расследования является вопрос об отсутствии или наличии какого-то юридического факта.

Вернемся к тезису об активной, структурирующей роли языка в формировании истинного знания. Истина по уголовному делу не может быть открыта исключительно информационным путем, она не есть лишь логическое, формально-правильное суждение. Мы уже упоминали в связи с обсуждением проблемы «кристаллизации» структуры факта о *события*, рассмотрим снова это понятие в новом контексте¹. Считаем, что здесь уместно применить даваемое герменевтикой объяснение соотношения структуры (системы) и события. Явление событийности связывается нами с *новым качественным преобразованием факта-2 (структуры) в факт-3 (событие)*. «Факт – не концепт, не идея, он... есть событие, которому придано значение... В результате факт, выбранный отправителем, оказывается шире значения, которое ему приписывается в коде, и, следовательно, однозначный для отправителя, он для получателя... подлежит интерпретации»².

¹ См. § 1 главы 1 настоящей работы.

² Лотман Ю.М. Внутри мыслящих миров. – С. 304.

«Структура» факта берется в новом аспекте – как упорядоченный динамизм, как структурирование, то есть процесс. Переход от понятия факта-2 (структуры) к понятию факта-3 (событию) оправдан с диалектической позиции. Фактичность в смысле событийности позволяет увидеть язык, знак в плоскости деятельности, развития – речедеятельности, интерпретации понимания. Итак, есть смысл сместить понимание факта от системы к процессу. Если знаковый аспект факта правомерно связывать с системой языка, то использование языковой системы для передачи сообщения о «предмете» есть событие говорения.

В трактовке события мы принципиально расходимся с нашим коллегой профессором А.С. Александровым. В его понимании «событие» – это сугубо речевое явление, вся сущность производимого им эффекта исчерпывается свойствами *закрытости, самодостаточности* системы языка уголовного судопроизводства. Тем самым, как ему кажется, получает *оправдание подмена* внезнаковой (экстралингвистической) реальности другой – совершенно формальной, и соответственно вопрос об истине сводится в проблематике правильности высказываний участников судебного разбирательства. Он пишет следующее: «Основу судебного доказательства образует *факт (идея)*, полученный из одного источника, в существовании которого убеждается аудитория. Факт, как идея, не может существовать вне речи, ее производства и восприятия, то есть события представления и исследования. Судебное доказательство – это *речевое событие*, которое складывается из ряда речевых актов (пара элементарных актов: вопрос-ответ). В этом событии участвуют, как правило, несколько речедеятелей (участников диалога). Главным участником речевого события доказывания является судья (присяжный). Его внутреннее убеждение является объектом речевого воздействия. Не будет доказательством то, что не убеждает аудиторию (судью)»¹.

Однако предметом речи, которая служит проводником для передачи информации участниками познавательной деятельности,

¹ Александров А.С. Язык уголовного судопроизводства. – С. 12–13.

является реальное событие. Это реальное событие осмысливается в судебной речи, то есть познается. Простой здравый смысл подсказывает, что беспредметная, «пустопорожняя» речь не может иметь социальной, практической ценности, а соответственно и правовой. На наш взгляд, основная ошибка А.С. Александрова состоит в том, что доказательства, трактуемые им как знаки, образуют самодостаточную структуру, только в пределах которой и можно искать их правильность. Но ценность доказательства-факта состоит в том, что оно дает представление судье о реальной действительности.

Между тем «философия языка говорит не только об удаленности знака от реальности или о его несоответствии реальности (случай пустоты у Леви-Стросса); такой точки зрения можно придерживаться до тех пор, пока мы имеем дело с закрытой системой дискретных единиц, составляющих язык; но она становится недостаточной, если мы обращаемся к практике дискурса. Тогда становится ясно, что знак – это не только то, что отсутствует в вещах и во всем том, что им подобно; знак – это то, что жаждет применения, чтобы выражать, постигать, понимать и в конечном счете обнаруживать, делать очевидным»¹. Язык имеет намерением говорить; он оказывает влияние на реальность и свидетельствует о воздействии реальности на мышление. Функция языка – изречение. В противоположность закрытости универсума знаков эта функция делает его открытым².

Мы далеки от того, чтобы двигаться внутри замкнутой в себе знаковой системы. И в то же время мы – против «слепого» детерминизма объективной реальности. Неклассика научила нас везде и всегда различать слова и вещи и подозрительно относиться к любым попыткам удвоения номенклатуры понятия «факт». Для нас факт – это ментальная структура. И эта структура не замкнута в системе уголовного дела, или уголовного процесса, и даже права, она обращена к универсуму языка, культуры.

¹ Рикер П. Конфликт интерпретаций: Очерки герменевтики. – С. 141.

² См. там же. – С. 130.

Сущность языка лежит по ту сторону замкнутых в себе знаков. «Для нас, говорящих, язык является не объектом, а посредником; язык – это то, благодаря чему, с помощью чего мы выражаем себя и вещи. С помощью акта говорения, имеющего целью сообщить что-то о чем-то кому-то, говорящий преодолевает замкнутость универсума знаков; говорить – это акт, благодаря которому язык преодолевает себя как знак, устремляясь к тому, с чем он соотносится и с чем он стоит лицом к лицу. Язык хотел бы исчезнуть; он хотел бы умереть как объект»¹.

Событийность связывается нами с использованием источников доказательства, с языковой формой доказательственной информации, использованием факта-структуры. Использование этих источников доказательств, обмен информацией – равнозначны, на наш взгляд, пониманию в говорении. При этом говорение нельзя сводить к формальным операциям со знаками, как это имеет место в таких формализованных знаковых системах, как математика. Говорение и есть таинство языка; говорение – раскрытие языка, его открытость. Говорить значит говорить что-то о чем-то. Это движение смысла (идеального) к соотнесенности (реальной) является сутью самого языка.

Мартин Хайдеггер следующим образом интерпретировал древнегреческие понятия «истина» и «логос» в их неразрывном единстве. Логос значит делать очевидным то, о чем «речь» в речи. В речи, насколько она подлинна, речение должно быть почерпнуто из того, о чем речь, так что сообщающая речь в своем сказанном делает очевидным то, о чем она, и так – доступным другому. В конкретном исполнении речь имеет характер говорения, при котором всегда нечто увидено. Таким образом, функция логоса лежит в давании видеть нечто. Поскольку «логос» есть давание видеть, постольку он может быть истинным или ложным. Конструкция понятия истины в смысле «соответствия» в данном случае не подходит. «Истинность» логоса подразумевает: изъять сущее, о котором речь, из его потаенности и дать увидеть как не-

¹ Рикер П. Конфликт интерпретаций: Очерки герменевтики. – С. 131.

потенциальное, раскрыть. Равно быть лживым значит то же, что обманывать в смысле скрывать: выставить что перед чем (по способу давания видеть) и тем самым выдать это за что-то, что оно не есть¹.

Язык постоянно ищет баланс между неполнотой информации и необходимостью вынести о ней истинное суждение. Он избегает категоричности. Естественный язык живет в борьбе с двузначной логикой, расшатывает ее законы, скрывает ясные смыслы. Поэтому П. Рикер говорит, что смысл производится в результате речевого акта. Система осуществляет себя в акте, а структура — в событии². Говорить значит говорить что-то о чем-то. Движение смысла (идеального) к соотнесенности (реальной) является сутью самого языка. Момент, когда происходит поворот от идеальности смысла к реальности вещи, — это момент трансцендирования знака. Этот момент и есть момент фразы. Только на уровне фразы язык что-то говорит. Говорить о чем-нибудь означает движение смысла к соответствию³. Субъективность акта говорения является вместе с тем интересубъективностью⁴.

Важным свидетельством того, что мы совершаем качественный переход от трактовки факта как структуры (знака), то есть статического, к *динамическому* аспекту понимания этого феномена, является понятие смысла. Событие — это как раз означает осмысление в процессе говорения. Не знак, но слово определяет теперь бытийственную форму существования факта. Слова — это знаки в речи, то есть в процессе, а не системе. «Слово, я считаю, должно выступать точкой кристаллизации, узлом всех обменов между структурой и функцией. Если это влечет за собой создание новых моделей интеллигибельности, то потому что само слово находится на пересечении языка и речи... системы и процесса. Поднимаясь от системы к событию, от неподвижного состояния к дискурсу, слово обращает структуру к акту говорения. Возвраща-

¹ См.: Хайдеггер М. Бытие и время / Пер. с нем. В.В. Бибихина. — М., 1997. — С. 32, 33.

² См.: Рикер П. Конфликт интерпретаций: Очерки герменевтики. — С. 132.

³ См. там же. — С. 135.

⁴ См. там же. — С. 136.

ясь от события к системе, слово сообщает последнему случайный характер и лишает ее сбалансированности, без чего система не сможет ни меняться, ни продолжать свое существование; короче говоря, слово связывает структуру с «традицией», которая будет пребывать внутри структуры, но вне времени»¹.

Речь, которая имеет место во время судопроизводства – это линия, по которой знак возвращается к реальности. Слово существует только в речи, отдельные же слова суть абстракции. В речи, в конкретном применении слова осуществляется осмысленное бытие, в речи слово предстает в его соединении с конкретной бытийственной реальностью.

Сказанное позволяет нам сделать вывод, что событие, в котором рождается факт, можно понимать в трех аспектах. Во-первых, событие можно понимать как совершившееся бытие факта. Событие – это и совместное бытие, сожитие факта в двух сферах умозрительной и речевой, одновременное и синтетическое бытие. Во-вторых, событие означает синтез двух (или даже более) позиций по поводу интерпретации факта-2 в контексте состязательного судопроизводства, событие как динамическое неустойчивое равновесие, касающееся понимания того, что произошло, как его истолковывать. Подобно тому, как в окуляре происходит наведения линз при наведении резкости изображения, сведение в одном месте одновременно интерпретаций фактов-2, их совмещение позволяет лучше увидеть прошлое событие. Совмещение линз (позиций сторон) позволяет увидеть то, что и как было – доказываемый факт. И этот факт принято считать истиной, то есть правильным знанием о факте-1. Так что не будет преувеличением сказать о событии истины в состязательном судопроизводстве. Мы используем понятие события для истолкования бытия факта, доказательства, довода в единстве смысла и речи, сочетания рационального и психического².

¹ Рикер П. Конфликт интерпретаций: Очерки герменевтики. – С. 148–149.

² Различные моменты этого мы будем рассматривать в последующих частях нашей работы.

Событие, которое открывает нам смысл бытия, сущность, может быть увидено лишь посредством осмысления. И именно факт открывает событие для нашего познания, предстает как наглядность бытия¹. Значит, факт – это событие в определенном устойчивом состоянии «состоянии дел», в определенном языке; событие же «коррелятивно, в отличие от факта, всему универсуму языка»².

Событие не может быть воспринято и понято вне контекста осмысленности, то есть вне формы факта. А форма факта содержит в себе, кроме той составляющей, которая соответствует онтологическому корреляту факта, еще и его смысл, его оценку. Факт выступает как осмысленное событие, как событие в определенном контексте. Такое последовательное движение познания от внешнего опыта и фактов к их духовному освоению в виде определенной системы смыслов на уровне своего осознания составляет понимание.

Понимание связано с воспроизведением общей структуры ситуации, мысленное вхождение в понимаемую ситуацию, моделирование труднопознаваемых ситуаций путем последовательного сведения их к основаниям, связанным с базисом несомненности³.

Таким образом, можно указать на причастность герменевтических процедур понимания – через диалоговые структуры, воспроизводимые уголовно-процессуальным правом, – к информационной реконструкции свойств понимаемого события.

Переходим к заключительному этапу наших рассуждений.

Признание наличия презумпций познания, наряду с «субъективностью» его метаконтекста, вовсе не обязательно должно противоречить объективной истинности постигаемых в фактах событий действительности. Осознание и усвоение собственных предпосылок приводит не к релятивизму и субъективизму в познании,

¹ См.: Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 123.

² Киященко Л.П. Онтология – событие философской мысли // Событие и смысл (Синергетический опыт языка). – М., 1999. – С. 92.

³ См.: Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмурадова и др. – С. 49, 50.

а к снятию этой предпосылочности, к диалогу с текстом или с событием. Таким диалогом как раз и может быть представлено переосмысление события, смена его контекстов, его постоянное воссоздание, переинтерпретация. Что как не состязательное правосудие способствует этому.

Событие – это распаковка того, что потенциально заложено в природе факта. Событие, предпосылки которого имеются в состязательности, происходит не автоматически, но благодаря творческой активности состязующихся сторон, а также самого суда; только волевым усилием, благодаря энергии, совместному действию субъектов доказывания, проектирующих на событие собственные ценности, собственные цели, собственные смыслы, доступно обновление обличия факта, его синергичное состояние.

Событие – есть продукт, диалогическое *со-действие* в условиях состязательности, *со-бытие* реального мира и процессуальной (то есть одновременно юридической и фактологической) картины мира, создаваемой участниками судопроизводства.

Если факт есть не любое, а «*досто-верное* сведение», то это означает что оно *про-верено*, то есть ему поверили, его достоинство, его значение, сила удостоверены участниками судопроизводства. Смысл сообщений о каком-то обстоятельстве возникает в ходе речевого события, то есть проговаривания, интерпретации и переинтерпретации сообщения в разных контекстах (оперативно-разыскной операции, следственного действия, в судебном заседании), с разных сторон, под различными углами зрения. Различные точки зрения не только противостоят друг другу, но и дополняют, образуют посредством своей взаимной дополнительности некоторую общую структуру, *со-действие* и *со-бытие*. Происходит настройка состязательной формы факта, сопровождающаяся переформатированием его структуры, содержания, то есть образуется факт-3. Значение состязательности, следовательно, заключается не в ритуальной, обрядовой стороне проверки доказательства или установления истины, состязательность создает саму возможность формирования факта-3, судебного доказательства.

М.К. Мамардашвили писал, что событие происходит тогда, когда я – субъект – присутствую; каждый раз необходимо воссоздавать, переинтерпретировать это событие вновь и вновь. Поэтому, по М.К. Мамардашвили, «истинным может быть лишь то, что требует интерпретации, возникает на ее основе... истиной нельзя обладать, она должна воссоздаваться в каждой точке и по всем частям. И это воссоздание называется интерпретацией»¹.

Предполагаемое событие, ставшее предметом уголовно-процессуального доказывания, понимается в контексте осмысленности, созданном языком права (правовой культурой), а значит, в формате юридического, процессуального факта. Уголовно-процессуальный факт содержит в себе наряду с проекцией факта-1 еще и его смысл, его оценку с позиций обеих сторон, суда, а главное – права. Факт в уголовном деле выступает как осмысленное событие, как событие в контексте определенного правоприменения, а шире – правовой традиции, культуры.

Смыслы, по мнению В.Г. Буданова, возникают как «делокализация» события во времени и пространстве – то есть как введение события в более широкий контекст, растворение его в тотальности мира (или же, наоборот, свертывание контекста до атомарного смысла события)². «Смысл» события проявляется как «одежда» события, факт это «сознательно усеченный смысл»³.

Значит, факт выступает как событие, осмысленное судом в контексте конкурирующих интерпретаций сторонами смысла источников доказательств. Усеченный смысл события, который имеется в интерпретации его одной из сторон, может получить полноту, объективность, «всесторонность» благодаря усилиям субъектов доказывания. При этом по ходу проверки факта событие может быть «переодето» в другой контекст, переинтерпретировано, помещено в систему иных координат. Путем такой смены контекста в познании появляются представления об объективных элементах

¹ Мамардашвили М.К. Лекции о Прусте. – С. 387–388.

² См.: Буданов В.Г. Когнитивная психология или когнитивная физика // Событие и смысл (синергетический опыт языка). – М., 1999. – С. 46.

³ Там же. – С. 46.

действительности. Полученный в результате борьбы интерпретаций результат, вполне вероятно, предстает как инвариант смыслового многообразия интерпретаций познаваемого события. Событие может быть одето во многие смыслы, и каждый факт будет выражать лишь один из этих смыслов. Но познание имеет дело с фактами как одетыми в смысл событиями, а не непосредственно с «голыми» событиями, но и не смыслами как их «одеждой».

Возможность смены контекстов, наличие различных интерпретаций одного события – то есть присутствие потенциальной возможности зарождения новых фактов – дает нам способность воссоздавать инвариант события, достигая тем самым большей объективности в его познании. Именно в этом состоит значение состязательности – в возможности смены контекстов, борьбы интерпретаций, в остатке – факт. Именно в судебном факте устоявшийся после борьбы интерпретаций смысл события воплощается наглядным образом. Факт является осмыслением события действительности, событием, внесенным в определенный контекст.

Профессор А.Ф. Лубин отмечает, что «любое обоснование-доказательство одной стороны уголовного процесса не может ничего доказать без возможности его проверки другой стороной. Обоснование-доказательство может существовать только в системе иных обоснований-доказательств. Любая система обоснований-доказательств стороны уголовного процесса представляет лишь предположение-версию о доказанности элемента предмета доказывания до тех пор, пока досудебные доказательства не станут судебными (принятыми судом в качестве основания уголовно-процессуального решения)»¹.

Если понимание истины исходит из фактов, являющихся осмыслением события, в контексте состязательного (или, напротив, следственного) процесса, а не чисто эмпирическим путем и если результат понимания принадлежит скорее к жизненному миру, к миру традиций и ценностей, то как при таких условиях возможно достижение идеала

¹ Лубин А.Ф. Основные концептуальные положения кафедры криминалистики Нижегородской академии МВД России. – С. 15.

объективности и достоверности? Что может выступать критерием объективной истинности уголовно-процессуальных фактов, если в их структуре присутствуют элементы осмысления, оценки, понимания, которые, понятное дело, имеют ярко субъективную окраску?

На эти вопросы можно ответить так. Во-первых, факт не является застывшим и неизменным образованием, этому противоречит само наше рассмотрение факта как процесса. То есть усеченный смысл события всегда может быть возвращен к своей первоначальной полноте, событие может быть «переодето» в другой контекст. Конечно же, такая возможность, будучи заложенной в форме процесса, не реализуется, так сказать, автоматически, спонтанно, но требует немалых усилий для воплощения в плоскость практических дел, ведь часто субъект не видит самой возможности такого «переодевания» в силу чисто субъективных факторов, не имеет реальной возможности повернуть интерпретацию в силу своих личностных, профессиональных качеств.

Но, с другой стороны, иного способа верификации фактов правосудие не знает. Только путем смены контекстов, только путем переинтерпретации данных (претендующих на признание их объективности – фактичности) в процессуальном познании появляются верные представления о событии, которое познается.

Возможность смены контекстов, наличие различных интерпретаций одного события – то есть присутствие потенциальной возможности зарождения новых интерпретаций фактов – дает нам способность воссоздавать инвариант события, достигая тем самым большей объективности в его познании. Богатство выбора, возможность освещения события в разных контекстах наилучшим образом гарантируется состязательностью.

Каждый факт может получать различную сущностную окраску, в зависимости от контекста рассмотрения, при этом в одном факте могут «перекрещиваться» множество сущностей. В таком ракурсе рассмотрения сущность вещи есть сама объективная вещь, рассматриваемая как определенная тотальность¹. Отсюда

¹ См.: Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 114.

понятно, как факт может быть вначале оправдательным, потом обвинительным доказательством, а иногда и тем и другим одновременно.

Заслуживает внимания тезис о раздвоения сущности (факта) на противоположности. Познание любую сущность раздваивает на противоположности – в единстве сущности¹. Этот принцип очень показателен при рассмотрении события преступления как цепочки фактических данных, которые необходимо собрать воедино для восстановления события происшедшего. Раздвоение предмета (факта) критически важно для познания по уголовному делу. Каждая из сторон обрабатывает свою версию, свое объяснение события, предлагает свои факты. Поэтому установка защиты по установлению обстоятельств, входящих в предмет доказывания, в части, улучшающей положение обвиняемого, будет способствовать установлению истины по делу².

Диалоговая сущность состязательного процесса обеспечивает intersубъективность понимания, объективность оценки фактов. Поэтому совершенно справедливо методологическую предпосылку адвокатского познания усматривают в его функции обрабатывать свою часть искусственно расчлененного (единой по сути) предмета познания – предмета уголовного дела, уголовного спора. «В состязательном уголовном судопроизводстве предмет познания и предмет доказывания исследуются как бы с двух сторон. По крайней мере, со стороны защиты подобная односторонность и даже пристрастность в познавательных усилиях вполне допустима и допускается (важно только чтобы не переходили рамки закона и нравственности)»³.

Субъект познания всегда обладает определенным знанием о том, что он ищет. Это накладывает отпечаток на картину реконструируемого события, поскольку субъект пытается «соотнести»

¹ См.: Лачинов Ю.Н. Ноология и миссиология. Универсальный метод познания. – М., 2004. – С. 32.

² См.: Голованова О.В. Адвокатское познание по уголовному делу: Дис... канд. юрид. наук. – С. 48.

³ Там же. – С. 123, 125.

факты объективной действительности с шаблоном, определенным законом. Кроме того, при восприятии субъектом сведений, полученных от другого лица, и при закреплении их в процессуальную форму его субъективное «я» так или иначе дает себя знать и увеличивает тем самым вероятность ошибок, а следовательно, влияние субъективного момента на ход познания и его результаты. Если к тому же учесть существенную разницу в условиях допроса и исследования доказательств на предварительном следствии и в суде, то все преимущества правил о состязательности, непосредственности и устности судебного разбирательства перед письменным производством, лишенным названных условий, становятся вполне очевидными. Вследствие релятивности индивидуального познания и мышления объективная истина о предметах и явлениях рождается в результате взаимодействия, столкновения различных мнений и точек зрения по исследуемому вопросу¹.

Обращаясь к проблеме объективности осмысления и интерпретации событий, можно утверждать об объективности как интересу субъективности. Другими словами, фактическое знание должно быть принято в качестве объективного определенным сообществом. При этом проблема признания чего-либо научным сообществом относится не только и не столько к самим конкретным научным фактам, сколько – по преимуществу – к тем априорным положениям, на основе которых формируются и сами факты. К таким положениям относятся не только гносеологические и методологические принципы, определяющие предпочтения касательно выделения предмета познания и методов получения и интерпретации эмпирического знания. Наряду с гносеологическими, существуют также и онтологические априорные положения, выражающие, в частности, специфику картины мира, сложившейся в правосознании, психологии.

¹ См., например: *Петрова О.В.* Объективная истина и гарантии ее установления в уголовном процессе: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Воронеж, 2000. – С. 20.

Данное обстоятельство позволяет расширить границы интерсубъективности фактического знания науки за пределы юридического (судейского) сообщества, вывести признание объективности фактов в более широкую сферу. Смысл, входящий в структуру процессуальных фактов в качестве контекста конкретного события, продуцируется всем культурным опытом человечества, а не только теми ценностями, которые явно признаны законодателем и закреплены в УПК.

Как указывает С.Б. Крымский, понимание не создает ни истины, ни достоверности, но предстает как «приобщение к истинным и достоверным основаниям в формах традиции, общения, ценностных ориентаций жизнедеятельности вообще»¹. Отнесение смысла фактического к традиции и ценностям общечеловеческой культуры одновременно напоминает нам и о том пути достижения объективности, который предстал перед нами в виде поиска инвариантов, смены контекстов отдельного события реальности, переодевания его в иные смыслы. Дело в том, что подобный процесс является ограниченным, и не только благодаря тому, что в рамках научного сообщества ученый не всегда обладает достаточной интеллектуальной смелостью для того, чтобы отличить отдельные события от их привычной интерпретации. Даже при наличии свободы реинтерпретаций, свободы смены контекстов такая смена не может осуществляться в бесконечном множестве возможностей. Всегда существует определенный метаконтекст, определяющий, какие именно смыслы может получить данное событие, в каких именно контекстах оно может быть представлено. Таким метаконтекстом выступает содержание, богатство всей человеческой культуры – подобно тому, как существующее состояние развития сложной самоорганизующейся системы является основой для дальнейшего развития этой системы, независимо

¹ Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 45.

от того, какое решение относительно направления этого развития примет система в момент бифуркации.

Конкретное – это единичность, которая охвачена со всех ее сторон. По Гегелю, мыслить конкретно значит видеть предмет именно в многообразии его свойств, в противоположность абстрактному мышлению, которое, например, видит в убийце лишь убийцу¹. При таком рассмотрении особенного как конкретного оно и воплощает в себе общее; последнее же практически не может существовать «само по себе», а проявляется лишь как момент особенного, чтобы потом, уже в движении познания, выделиться как общее.

Вещь, рассматриваемая как тотальность, есть, по Гегелю, «развертывающееся в самом себе и сохраняющее единство»². Тотальность – это такое целое, которое сохраняет себя в своем развитии; иными словами, это целое, рассматриваемое не как многообразие частей, а как единство, не как общее, а как специфическое, не как абстрактное, а как конкретное. Факт в этом отношении – отображение существования этого специфического целого, хотя, по мнению Ю.А. Мелкова, уместней здесь было бы употребить категорию особенного. Факт как особенное, с гносеологической точки зрения, есть опосредующее звено между единичным (в качестве которого выступает не сам факт, а неосмысленные еще до уровня фактического эмпирические данные отдельного наблюдения или эксперимента) и общим (как теорией, выступающей как знание законов)³.

Человеческое знание «не может быть вырвано из контекста практическо-познавательной деятельности (или быть познано другими субъектами познания без знания этого контекста) и рассматриваться как “знание само по себе”»⁴.

¹ См.: Гегель Г.В. Кто мыслит абстрактно? // Гегель Г.В. Работы разных лет: В 2 т. / Пер. с нем. – М., 1972. – Т. 1. – С. 392.

² Гегель Г.В. Энциклопедия философских наук // Сочинения: В 3 т. / Пер. с нем. – М., 1974. – Т. 1. – С. 100.

³ См.: Мелков Ю.А. Факт в постнеклассической науке. – С. 115.

⁴ Там же. – С. 127.

Идея детерминированности фактического знания «внутри-системными» ценностями – теми идеалами и нормами познания, которые сложились на данный момент в правовом сообществе, в практике правоприменения, в сфере уголовного судопроизводства, в частности, – является развитием неклассической науки, согласно которой эмпирическое знание должно соотноситься с *системой отсчета*. Особенностью же постнеклассической ситуации выступает осознание необходимости соотношения фактического знания с более широким кругом ценностей – *общекультурным, общечеловеческим*. Ведь именно к этому слою ценностей относится проблематика *Объективной Истины, Справедливости* и прочих представлений, содержащихся в традициях, обычаях, в иных формах существования человеческого духовного мира. Суд с участием присяжных заседателей наилучшим образом гарантирует это. Поэтому стандарт разумных сомнений становится главным мерилom истины и оценки фактов.

§ 2. Доказывание

Ты должен на основании мнения
твоей души оценить, чему ты
веришь или же что ты считаешь
недостаточно доказанным.

Адриан

Воистину проблема доказывания относится к числу вечных¹. И у нас, конечно, нет намерения исчерпать ее. В данном параграфе мы постараемся обобщить главные подходы к пониманию доказывания как уголовно-процессуальному, правовому феномену

¹ См.: Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. – С. 7.

и высказать свою точку по узловым моментам теоретической модели доказывания, которая создается нижегородской школой процессуалистов.

В общетеоретическом плане роль юридического доказывания освещена достаточно скупой, но в главном теоретики согласны с процессуалистами¹. Юридический процесс может быть раскрыт как имеющий три основные цели:

1) расследование и восстановление прошлых событий, чья история оспаривается и от которых права и обязанности сторон зависят;

2) применение подходящего закона к фактам, которые были таким образом восстановлены;

3) выведение юридических прав и обязанностей сторон соответственно достигнутому результату.

Доказательства главным образом связаны с первой из этих целей, но по совершенно понятным причинам в целом задействованы в достижении всех трех. Доказывание – ядро правоприменительного процесса. «Доказывание представляет собой исследовательскую деятельность, образующую само содержание опосредованного юридического познания»².

Каково правоприменение, такова и модель доказывания. Но верно и то, что теория доказывания, а через нее доказательственное право влияют в свою очередь на структуру процесса, на правоприменение, на результат доказывания. Согласимся и с другим общеправовым положением: о связи доказывания с такой категорией, как интерес. По Иерингу, между реализацией интереса и правом на его защиту лежит борьба, составной частью которой является доказывание. Иск есть процессуальное орудие борьбы за юридическое признание своего интереса, доказывание делает

¹ Особо надо отметить по проблемам доказывания работы В.А. Новицкого, который, впрочем, признает мизерность вклада, внесенного общей теорией права в исследование проблем теории доказательств.

См.: *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 5.

² *Алексеев С.С.* Общая теория права. – М., 1982. – Т. 2. – С. 336.

реальным исковое право¹. Этот тезис в дальнейшем мы попробуем развить в более или менее законченную систему положений о доказывании в состязательном уголовном процессе как доказывании уголовного иска.

Своего рода классическими можно считать представления о доказывании С.С. Алексеева. По его мнению, содержание процесса доказывания складывается из ряда этапов, к которым относятся определение круга фактов, подлежащих доказыванию, соби́рание и процессуальное закрепление доказательств, их исследование и оценка. С.С. Алексеев предостерегает от одностороннего сведения доказывания лишь к «мыслительным действиям»². Под доказыванием, по его словам, надо понимать познавательную деятельность, осуществляемую органами предварительного расследования и суда и состоящую в соби́рании, проверке и оценке доказательств³.

Нам кажется, нет особой нужды останавливаться на бесспорных вещах, освоенных в теории права. Хотя важно уже заметить, что в освещении доказывания, так же как это было и при освещении доказательства, надо принимать во внимание многослойность смыслового содержания этого понятия⁴.

В отечественной уголовно-процессуальной науке обращается внимание на следующие аспекты доказывания: доказывание – познание; доказывание – коммуникация; доказывание – удостоверение; доказывание – обоснование⁵. Некоторые из традиционно

¹ Цит. по: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 242–243.

² Алексеев С.С. Общая теория права. – Т. 2. – С. 247.

³ См. там же. – С. 248.

⁴ В.А. Лазарева считает это пороком, однако мы в этом не уверены. В чем мы согласны, так это в том, что навязываемый статьей 85 УПК вывод о том, что познавательная деятельность следователя, прокурора и суда и есть доказывание, находится в противоречии с принципами уголовного судопроизводства, закрепленными в главе 2 самого Кодекса.

См.: Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. – С. 42–44.

⁵ Обобщение взглядов по этому вопросу имеется в ряде работ.

См., например: Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. – С. 13.

выделяемых сущностных черт доказывания не вызывают сомнения. Другие не столь однозначны.

Общеизвестно, что многие классики зарубежной науки уголовного процесса начинали свои рассуждения об уголовно-процессуальном доказывании подчеркиванием того факта, что оно сродни обычному познанию¹. Тайер пишет: «А теперь, позвольте нам составить представление о сути юридического познания, — оно то же, что и во всех прочих рациональных системах доказательства; оно является таким же, какое есть в любой рациональной системе, во всех отраслях права; если брать правосудие, то во всех частях его этот процесс всегда имеет место, со всем присущим ему набором общеизвестных идей, фактов, аксиом и процессов мысли, которые всегда и везде вовлекаются в осуществление подобной деятельности. В поиске установления неизвестного через известное призванный к этому суд принимает, использует и сравнивает большое количество фактов и идей, которые уже находятся в его распоряжении, но в них еще нет, строго говоря, никакой частицы «доказательства», которое еще формально не представлено в суде. И затем, кроме того, должен быть получен новый материал. Именно эта потребность, порождаемая новым материалом, дает повод для существования правил о доказательствах.

С другой стороны, функция тщательного исследования материала, который некогда был получен, наблюдение за его значениями и влиянием одной части на другую, сравнение и выведение не принадлежат области доказательственного права. Доказательственное право — всего лишь истопник у разверстой печи способности к рассуждению»².

Некоторые отечественные авторы отождествляют познание и доказывание или, по крайней мере, допускают высказывания, которые позволяют так понимать их позицию: все виды доказывания объединяет одно — это их познавательная основа, они строят-

¹ Об этом уже говорилось в предыдущем параграфе.

² *Thayer J.B. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law.* — P. 263–264.

ся на основе познания. Доказывание – это и есть познание¹. Например, А.Б. Соловьев говорит о том, что уголовно-процессуальное познание осуществляется исключительно посредством, в форме доказывания как процессуальной деятельности². Так, В.С. Балакшин пишет: «В гносеологическом аспекте доказывание представляет собой познание и удостоверение тех событий и явлений внешнего мира, которые имеют значение для правильного разрешения уголовного дела. С этой точки зрения доказыванию присущи общие закономерности, которые характерны любой познавательной деятельности»³. Естественно юристы обращают внимание и на особенности уголовно-процессуального доказывания.

Включает познание (как часть) в процессуальное доказывание А.П. Рыжаков⁴. И наоборот, А.А. Эйсман считал, что судебное доказывание – это частный случай доказывания вообще, то есть особого способа передачи информации, связанного с обоснованием передаваемых сведений⁵. Большинство авторов склонны именно познание считать более широким понятием по отношению к доказыванию как уголовно-процессуальной деятельности⁶.

¹ См., например: *Арсеньев В.Д.* Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. – С. 9–14; *Белкин Р.С.* Криминалистика и доказывание (методологические проблемы) / Р.С. Белкин, А.И. Винберг. – С. 8–13; *Давлетов А.А.* Основы уголовно-процессуального познания. – Свердловск, 1991. – С. 19; *Зинатуллин З.З.* Уголовно-процессуальное доказывание. – С. 32; *Теория доказательств в советском уголовном процессе* / Отв. ред. Н.В. Жогин. – М., 1973. – С. 25, 44; *Трусев А.И.* Основы теории судебных доказательств. – С. 9–10; *Соловьев А.Б.* Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса России: Научно-практическое пособие. – М., 2002. – С. 7–8; *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. – Т. 1. – С. 296; *Уголовный процесс РФ: Учебник* / Отв. ред. А.П. Кругликов. – М., 2009. – С. 225.

² См.: *Соловьев А.Б.* Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса России. – С. 7–8.

³ *Балакшин В.С.* Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 8.

⁴ См.: *Рыжаков А.П.* Уголовный процесс: Учебник для вузов. – С. 201.

⁵ См.: *Эйсман А.А.* О понятии вещественного доказательства и его соотношении с понятиями доказательств других видов. – С. 82.

⁶ См., например: *Левченко О.В.* Презумпции и преюдиции в доказывании. – С. 9–11.

Высказанные коллегами взгляды позволяют сделать два вывода. Во-первых, доказывание и познание до известной степени родственные понятия. Во-вторых, в структуре самого понятия доказывания выявляется как бы общее ядро, к которому примыкают периферийные смыслы. В целом процесс юридической аргументации и правила, существенные для него, являются делом логического и общего опыта, а не правового регулирования.

По поводу того, что считать объединяющим смыслом, стволowym, корневым началом этих понятий, мнения процессуалистов разнятся. Наверное, традиционным и наиболее представительным является взгляд, что доказывание в широком или основном смысле – это осуществление всей познавательной деятельности субъектов, ведущих процесс, охватывающий не только оценку, но и собирание, и проверку доказательств, во втором, более узком – лишь как логическая деятельность по обоснованию выдвигаемого тезиса¹. Кстати, по поводу последнего надо заметить, что издавна существует мнение о том, что применение права к единичным случаям представляет собой определенную логическую, точнее формальную логическую операцию². Доказывание выполняет как бы обслуживающую роль по отношению к применению права, служит звеном в логической цепочке: факт – доказывание – правоприменение³. Поэтому в истории доказательственного права был период, когда логизм был возведен в степень методологического принципа, и тогда получилась система формальных доказательств, где все было строго логично. Но по прошествию времени выяснилось, что это не лучший метод установления истины в правосудии. В наши дни познание понимается более широко, о чем уже говорилось в предыдущем параграфе, и большинство наших современников если и отождествляют доказывание с познанием, то имеют в виду последнее в широком

¹ См.: *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. – Т. 1. – С. 298–299; *Савицкий В.М.* Государственное обвинение в суде. – М., 1971. – С. 156–158.

² См.: *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. – Т. 2. – С. 168.

³ См. об этом: *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 39.

смысле¹. Хотя, справедливости ради, надо заметить, что не все. Так, А.В. Агутин утверждает: «Термин «доказывание» в уголовно-процессуальной теории имеет тот же смысл, который имеет в логике доказательство»². Впрочем, такие взгляды являются скорее исключением. Более распространено другое мнение, что доказывание не сводится просто к логическому доказыванию (хотя оно и имеет существенное значение), доказывание выражается в таком использовании доказательств, в результате которого оказываются выявленными обстоятельства дела и, стало быть, завершается первая стадия процесса применения права – устанавливается его фактическая основа³.

Как отмечает Тайер, несомненно есть правила юридической практики и процедура, квалифицирующие и ограничивающие свободные процессы понимания. Так что надо иметь в виду надлежащую квалификацию, когда мы используем фразу «юридическое рассуждение»; не потому что, по сравнению с рассуждением вообще, оно вовлекает в игру какие-то различные способности или вовлекает какие-то новые принципы или методы, или является существом технических предписаний; но потому что в законе, как в другом месте, при наладке старых и универсальных методов к непосредственным практическим целям, специальные ограничения, исключения и квалификации должны быть приняты во внимание. В особенности и решительно – в юридическом рассуждении, где такие особенности возникают из практических целей суда и практических условий его работы⁴.

На наш взгляд, многослойность понятия доказывания объективно обусловлена использованием этого термина в различных сферах, в различных идеологических контекстах, адресована различной аудитории.

¹ См.: *Шекишева О.Н.* Некоторые аспекты теории доказательств в уголовном процессе: Учебное пособие. – 2-е изд. – М., 2001. – С. 34.

² *Агутин А.В.* Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании. – С. 88.

³ См.: *Эйсман А.А.* Логика доказывания. – С. 23.

⁴ См.: *Thayer J.B.* A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law. – P. 20.

В сфере уголовного процесса очень многие связывают доказывание с практической деятельностью компетентных государственных органов по раскрытию, расследованию, рассмотрению уголовного дела, что равнозначно установлению его фактической стороны. Иными словами, во главу угла ставится такой аспект доказывания, как работа с «источниками доказательств»: поиск, обнаружение, собирание, фиксация в материалах дела информации, последующая передача доказательств из стадии в стадию, их обработка (так называемое «формирование доказательства»¹), использование доказательств в качестве оснований для принятия процессуальных решений. В нашей науке этот профессиональный, сугубо процессуалистский подход к пониманию доказательства традиционно был неразрывно связан с пониманием процесса как односторонней процессуальной деятельности публичной власти, озабоченной раскрытием «объективной» истины².

На наш взгляд, данный аспект доказывания касается работы с источниками доказательств и отчасти с фактами-2. Это узкое, специальное, профессиональное (традиционно «следственное») понимание доказывания. Хотя даже претендующие на академичность трактовки уголовно-процессуального доказывания (в свете логики) то же связывают его (доказывание) с раскрытием преступления, расследованием дела следователем с обоснованием процессуальных решений³.

¹ Это понятие было развито профессором С.А. Шейфером.

См., например: *Шейфер С.А.* Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе; *Он же.* Собираание доказательств в советском уголовном процессе.

² См.: *Арсеньев В.Д.* Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. – С. 14; *Горский Г.Ф.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькинц. – С. 193; *Каз Ц.М.* Проблема доказывания в суде первой инстанции. (Цели доказывания). – Саратов, 1978. – С. 4–16; *Фаткуллин Ф.Н.* Общие проблемы процессуального доказывания. – С. 6–9; *Шейфер С.А.* Собираание доказательств в советском уголовном процессе: методологические и правовые проблемы. – С. 11; *Соловьев А.Б.* Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса России. – С. 7.

³ См.: *Лузгин И.М.* Расследование как процесс познания: Учебное пособие. – М., 1969. – С. 21, 22; *Домбровский Р.Г.* Логика и теория судебных доказательств // Оптимизация расследования преступлений. – Иркутск, 1982. – С. 18.

Но если есть следственное понимание того, как устроено доказывание, каковы его задачи, субъекты и прочее, берем ли мы его мыслительный, интеллектуальный аспект или практический, то, значит, возможен и иной взгляд на это явление – в парадигме состязательного уголовного судопроизводства. По крайней мере, есть исследователи, которые утверждают о наличии такой возможности¹. Так, В.А. Лазарева пишет: «Тенденция к сохранению прежних представлений о доказывании основана, как представляется, на неготовности значительной части науки и практики к смене парадигмы. Изменение парадигмы (системы, модели) уголовного судопроизводства не равнозначно его совершенствованию: это изменение его основ, устоев. Парадигматические изменения уголовного процесса выражены в таком пересмотре его назначения и принципов, которые позволяют говорить о начале формирования процесса совершенно нового типа. Реализация нового назначения уголовного судопроизводства невозможна без обеспечения сторонам равных возможностей апеллировать к независящему от них суду»².

Именно созданию состязательной парадигмы доказывания уголовного иска будет посвящена вторая часть данного параграфа. Пока же мы продолжим рассмотрение иных выявленных наукой свойств доказывания.

Рассмотрим, например, такую сторону доказывания, как удостоверение. Нам кажется, что это качество имеет чисто русскую специфику, обусловленную письменным, следственным характером процесса. Удостоверение выводят из общественного характера знания в доказывании³. В уголовном процессе познание осуществляется не только «для себя», но и «для других». Это связано с необходимостью передачи имеющегося знания о спорном

¹ См., например: *Карякин Е.А.* Формирование истинности приговора в состязательном судебном производстве: вопросы теории и практики. – М., 2007. – С. 125 и след.; *Лазарева В.А.* Доказывание в уголовном процессе. – С. 43 и след.

² *Лазарева В.А.* Доказывание в уголовном процессе. – С. 48.

³ См.: *Теория доказательств в советском уголовном процессе* / Отв. ред. Н.В. Жогин. – М., 1973. – С. 289; *Рапинов А.Р.* Вопросы познания в судебном доказывании // *Советское государство и право.* – 1964. – № 8. – С. 106–108.

факте. «Поэтому оно должно быть не только получено, но и надлежащим образом удостоверено»¹. Как отмечается в литературе, речь здесь идет о соотношении внутреннего и внешнего. В удостоверении особенно значимы для познания в уголовном процессе два момента: фиксация информации в объективной действительности и ее заверение (например, составление протокола органом предварительного следствия)². А.Б. Соловьев также делает акцент на том, что доказывание заканчивается использованием собранных, проверенных и оцененных доказательств для принятия следователем процессуальных решений. В конечных процессуальных документах анализируются доказательства и решается судьба уголовного дела³.

Не только в научном сознании крепко убеждение, что доказывание по уголовному делу представляет собой единство познавательной и удостоверительной сторон. Фольклер свидетельствует: «Слово к делу не пришьешь», «следователь дело шьет». И даже те авторы, которые пишут об адвокатском познании, признают, что любая самостоятельная познавательная деятельность участника процесса, включая адвоката, также должна иметь элемент удостоверительный, который делает ее верифицируемой. Иными словами, данные, полученные в ходе уголовно-процессуального познания, должны обладать свойством представительности, должны быть способными быть представленными участникам процесса, суду и проверяться⁴.

Но такого рода прививка письменности-удостоверительности (в следственном понимании) к доказыванию кладет конец любым

¹ Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. – С. 13.

² Удостоверительный момент проходит красной линией по всем этапам процесса доказывания, полагают такие авторы, как Е.А. Карякин, А.П. Рыжаков.

См.: Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – М., 2002. – С. 262; Карякин Е.А. Формирование истинности приговора в состязательном судебном производстве. – С. 219.

³ См.: Соловьев А.Б. Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса России. – С. 12.

⁴ См.: Голованова О.В. Адвокатское познание по уголовному делу: Дис... канд. юрид. наук. – С. 44.

попыткам опроцессуализовать, придать допустимость данным, получаемым участниками процесса, которые не наделены правом составлять официальные документы – протоколы, в которых фиксируются получаемые доказательства, то есть стороной защиты.

Трудно согласиться с теми авторами, которые письменно-удостоверительный характер доказывания приписывают самой природе доказывания. История учит, что доказывание может быть устным. Тем более удивительно видеть, когда предлагают распространить удостоверительно-оформительные атрибуты доказывания на деятельность адвоката¹. Хотя можно согласиться с тем, что есть юридическая, можно сказать, искусственная причина различия между адвокатским познанием и познанием, осуществляемым судебно-следственными органами. Адвокатское познание – познавательная деятельность, порождающая юридические последствия. Если бы она не порождала таковых, она не имела бы процессуальной ценности. Была бы не нужна ни доверителю адвоката, ни уголовному судопроизводству в целом. Бесспорно то, что познание адвоката только частично облачено в уголовно-процессуальную форму и с этим обстоятельством связана проблема правовых последствий познавательной деятельности адвоката. Следовательно, если адвокатское познание целиком подпадает под понятие уголовно-процессуального познания, то под понятие доказывания – нет².

Наверное, признак удостоверительности доказывания может быть истолкован, с одной стороны, как присущее доказыванию обобществление фактов, соединение внутреннего и внешнего в доказательстве. «В удостоверении особенно значимы для познания в уголовном процессе два момента: фиксация информации в объективной действительности и ее заверение». С другой стороны, мы видим здесь проявление отсталости, архаичных форм передачи и хранения информации – протоколирование, документо-

¹ См.: Голованова О.В. Адвокатское познание по уголовному делу: Дис... канд. юрид. наук. – С. 55.

² См. там же. – С. 55–56.

оборот, которые характерны для нашего процесса; документальная, ритуализированная речь оказывает структурное влияние на само доказывание, его действительность, что наиболее ярко сказывается на свойстве допустимости доказательств.

Документация стала бичом и для оперативно-разыскной деятельности, образно говоря, «воины» превратились в «писарчуков». Письмоводительство заменяет живую, реальную работу по раскрытию преступлений и изобличению преступников. Институт документирования из чисто технического в нашем процессе стал системообразующим, то есть фактически ведет к формализации доказывания.

Мы считаем, что признак достоверительности (тем более письменной) никак не врожденное, а приобретенное свойство доказывания. «Чистая форма» доказывания – судебное – должно происходить только в устной форме, хотя с использованием документов как источников сведений о фактах, удостоверения фактов. Надо думать над внедрением новых форм достоверительности, а не цепляться за протокол как самостоятельный и важнейший источник доказательств. Закрепление, фиксация доказательств должна быть допущена не только в письменном виде, но и другими способами.

Как отмечалось в литературе, составляемые судебным следователем протоколы пользовались на судебном следствии трудноколебимой доказательственной силой. Их истинность презюмировалась. Что вполне логично вытекает из правового положения судебного следователя, составлявшего эти протоколы, как органа судебной власти. Суду в стадии судебного разбирательства трудно усомниться в законности материалов, сформированных самой же судебной властью (просто в другой ипостаси) в период предварительной подготовки¹.

Поскольку сторона защиты ограничена в возможностях по собиранию доказательств и основным способом собирания доказа-

¹ См.: Александров А.С. Каким не быть предварительному следствию // Государство и право. – 2001. – № 9. – С. 54–62.

тельность являются следственные действия, произведенные органом обвинительной власти, в судебной аудитории закономерно возникает подозрение в объективности и беспристрастности деятельности следователя (презумпция обвинительного уклона). Результаты следственной работы вполне закономерно можно поставить под сомнение, это вполне объяснимо логикой производства дела – почему сторона защиты должна допускать в качестве истинной информацию, собранную процессуальным оппонентом против подсудимого?¹

Отсюда следует вывод, что при сохранении существующей следственной модели предварительного следствия, результаты которой закреплены в протоколах следственных действий, в оценке доказательств будет усиливаться акцент на формальном элементе: реквизитах процессуальных документов. Ввиду все возрастающей роли подобной юридической формы деятельность следователя будет все более становиться оформительской, канцелярской, а противоборство сторон в суде все более превращаться в спор о допустимости составленных на предварительном следствии письменных документов. Можно не сомневаться, что по мере усиления состязательности будет усиливаться и фактор формальности в оценке доказательств. Это позволяет нам сделать вывод, что сохранение письменности предварительного следствия и соответственно ведущей роли протоколов, составленных следователем, как источников доказательств становится пережитком в свете состязательности. Эффективность доказывания в письменном уголовном судопроизводстве зависит от презумирования истинности сведений, содержащихся в протоколах следственных действий. Если эта презумпция меняется на презумпцию

¹ Однако в силу привычки суды, как правило, игнорируют эти сомнения, о чем свидетельствует почти стопроцентный показатель вынесения обвинительных приговоров.

См.: Мизулина Е.Б. К пятилетию Уголовно-процессуального кодекса РФ // Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения. К 5-летию УПК РФ: Материалы Международной научно-практической конференции. – М., 2007. – С. 4.

обвинительного уклона (а введение понятия «уголовное преследование» неминуемо порождает ее), значит пришло время смены способа производства доказательств.

Как плод отравленного дерева (следственного процесса) можно квалифицировать мнение о том, что познание истины по делу проходит два этапа – исследование (до привлечения лица в качестве обвиняемого) и доказывание (установление обоснованности предъявленного обвинения)¹. Разновидностью этой перверсии можно считать взгляд, что следует выделять лишь «процессуальное доказывание» (квалификация преступления и назначение наказания)². Это яркий пример того, как следственная установка порождает взгляды на доказывание как деятельность исключительно государственных «судебно-следственных» органов.

Этого не скажешь о признаваемом многими в доказывании таком аспекте, как обоснование. Доказывание как обоснование представляет собой деятельность по убеждению возможных или обязательных адресатов доказывания в истинности передаваемых им знаний³. Именно в обосновании и проявляется существо любого доказывания. В структуре уголовно-процессуального познания наличествует обоснование, аргументация как такая деятельность, где на основе полученных доказательств выстраиваются доводы, аргументы, которыми каждая из сторон убеждает суд в правильности своей позиции.

Если понятие доказывания (в том числе и как доказывание обоснования своих решений) можно успешно обсуждать в контексте следственной формы, то доказывание-аргументацию, на наш взгляд, возможно помыслить только применительно к судебной процедуре. Совершенно правильно Г.С. Фельдштейн писал: «Всякое доказывание в процессе предполагает, что одна из сторон представляет доказательство, затем это доказательство предъявля-

¹ См.: *Нокербеков М.* Предмет доказывания в советском уголовном процессе: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Алма-Ата, 1964. – С. 9–11.

² См.: *Арсеньев В.Д.* Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. – С. 10.

³ См. там же. – С. 13.

ется другой стороне, которая делает против него возражения, и в свою очередь представляются другие доказательства»¹.

Судебное доказательство вплетено в реальный коммуникативный процесс, поскольку всякое сообщение немислимо высказать, не обращаясь к конкретному лицу на другом конце коммуникативной цепи². Доказывание нельзя понять в отрыве от речевой деятельности.

Есть все основания полагать, что именно состязательная форма судопроизводства обеспечивает наилучшие условия для проверки и оценки доказательств сторон и определения их доказательственной силы посредством речевой деятельности. В диалоговом режиме доказательства, которые мы рассматриваем как факты, приобретают отнюдь не свойственную им от природы функцию убеждения. Как писал М.А. Гурвич, под доказыванием надо понимать деятельность, имеющую целью убедить суд в истинности рассматриваемых им фактов; под доказательствами надо понимать те средства, которые служат этому убеждению. Доказывание совершается путем приведения доказательств³. Мы считаем, что аргументационность есть неотъемлемая черта доказывания, можно сказать, его природа. Иначе зачем устанавливать стороне факты, как не затем, чтобы использовать их для обоснования своей позиции по делу⁴.

Следует обратить внимание на признание процессуалистами коммуникативного аспекта в понятии доказывания⁵. «Судебное доказывание составляет ту часть коммуникативной деятельности людей, которая носит ярко выраженный интенциональный характер, направленный на то, чтобы сформировать внутреннее убежде-

¹ *Фельдштейн Г.С.* Лекции по уголовному судопроизводству. – М., 1915. – С. 274.

² См.: *Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмурадова и др.* – С. 127.

³ См.: *Гурвич М.А.* Лекции по советскому гражданскому процессу. – С. 99.

⁴ Ввиду особой важности аргументации мы посвятим ей внимание в следующем параграфе, где и будут подробно рассмотрены такие атрибуты уголовно-процессуального доказывания, как коммуникационность, диалогичность, лингвистичность и пр.

⁵ См.: *Гурвич М.А.* Лекции по советскому гражданскому процессу. – С. 100.

ние судьи. Убеждение и аргументация являются необходимыми составляющими единого коммуникативного процесса в суде. Судебное доказывание включает в себя рациональную аргументацию, а также нравственное и эмоционально-психическое убеждение»¹.

Судебное доказывание, с точки зрения речевой коммуникации, представляет собой сложное сплетение психологических, этических, эмоциональных, стилистических, эстетических и прочих факторов убеждения с логико-рациональными. Оно направлено на формирование убеждения судьи, обладающего свободой воли и возможностью сознательно, практически оценивать предлагаемые сторонами утверждения, возражения и доводы. Судебное доказывание всегда вводит систему оценок, идеологию, этику. Риторические средства убеждения направлены не только на создание у аудитории адекватного представления о внетекстовой действительности, но помогает аудитории понять ее, поверить в сказанное и оценить его.

По мнению некоторых процессуалистов, доказывание-обоснование включает в себе доказывание-познание и удостоверение. Ю.К. Орлов отмечает, что доказывание-обоснование не сводится к мыслительному процессу, включает и процессуальную форму². Опять же это влияние письменной следственной формы на трактовку доказывания. Если бы не шла речь о необходимости обоснования процессуальных решений в ходе досудебного производства, не возникла бы и мысль о том, что в данном случае имеет место доказывание-обоснование. На наш взгляд, аргументация может иметь место только в состязательных условиях перед судом. Когда же речь идет о фактически односторонней деятельности органов предварительного расследования, обоснование ими своих процессуальных решений становится скорее средством убеждения вышестоящих инстанций, чем своего оппонента по делу или независимого арбитра.

¹ Уголовный процесс России: Учебник / А.С. Александров, Н.Н. Ковтун, М.П. Поляков, С.П. Сереброва; Науч. ред. В.Т. Томин. – М., 2003. – С. 180–181.

² См.: Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. – С. 29.

Следствием противопоставления доказывания-познания доказыванию-обоснованию являются многочисленные споры, где некоторыми сторонниками аргументационной трактовки доказывания даже утверждается, что в досудебный период производства по уголовному делу доказывания не происходит, а имеет лишь место познание, и что элементы доказывания обнаруживаются только при составлении итоговых процессуальных актов – обвинительного заключения и постановления о прекращении дела. Получается, что следователь, собирая, проверяя и оценивая доказательства, доказывания не осуществляет. Здравый смысл, однако, не может мириться с мыслью, что оперирование доказательствами не есть еще доказывание¹.

Познание и доказывание, по мнению В.С. Джатиева, «разные виды рациональной деятельности. Познание – деятельность «для себя», а доказывание – «для адресата». Целью познания является получение знания, а целью доказывания – убеждение адресата в этом»². Как пишет А.А. Эйсман, «доказывание... представляет собой такую форму передачи мыслей, знаний, при которой всякое утверждение обосновывается доказательствами и в силу этого приобретает достоверный, убедительный характер»³. А Ю.К. Осипов вообще приходит к выводу, что доказывание не следует сводить лишь к процессуальной деятельности сторон, связанной с убеждением суда в истинности их утверждений о существовании или несуществовании юридических фактов, составляющих основания требования истца или возражений ответчика⁴. Этот ученый считает, что доказывание – это не только деятельность сторон по убеждению суда, но и весь

¹ Разбор этой полемики имеется в работе: Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – С. 5–10.

² Джатиев В.С. Общая методология и современные проблемы обвинения и защиты по уголовным делам: Авторефер. дис... д-ра юрид. наук. – Владикавказ, 1995. – С. 5.

³ Эйсман А.А. О понятии вещественных доказательств и их соотношении с доказательствами других видов. – С. 84.

⁴ См.: Осипов Ю.К. Судебные доказательства // Советское гражданско-процессуальное право: Учебник. – М., 1965. – С. 137.

процесс судебного познания, то есть понятие «познание» шире понятия «доказывание»¹.

С тем, что доказывание-познание и доказывание-обоснование надо различать, можно согласиться, ибо здравый смысл подсказывает, что познание, которое осуществляет следователь, а тем более оперуполномоченный, отличается от доказывания, проводимого в суде обвинителем или защитником. Хотя такой вывод несколько выпадает из процессуальной рамки, созданной законом.

Мы солидарны с мнением о том, что нельзя разрывать познание и доказывание². Методологическая база процессов познания и доказывания имеет общие корни, объединяя при этом процессы получения знаний и утверждения их истинности. Т.Т. Алиев, Н.А. Громов и Л.В. Макаров говорят о невозможности познавать, не утверждаясь в истинности или ложности знания, то есть – не доказывая³. И.М. Лузгин правильно указывает на то, что «познание... представляет собой получение знаний о тех или иных предметах и явлениях, а доказывание заключается в обосновании установленных положений, в создании условий для познания тех же обстоятельств другими лицами, оно обеспечивает возможность проверить выводы, обоснованность решения»⁴.

Доказывание в собственном смысле этого слова – это обосновывающая деятельность мысли, неотделимый элемент познания, проникающий в систему практических операций по собиранию и проверке доказательств⁵. В соответствии с этим доказывание представляется как логический элемент процесса познания по сбору фактических данных и обоснованию полученных знаний. Кроме логической составляющей, доказывание имеет и другую

¹ См.: *Осинов Ю.К.* Судебные доказательства // Советское гражданско-процессуальное право. – С. 137–138.

² См.: *Алиев Т.Т.* Уголовно-процессуальное доказывание / Т.Т. Алиев, Н.А. Громов, Л.В. Макаров. – С. 51.

³ См. там же. – С. 10.

⁴ *Лузгин И.М.* Расследование как процесс познания. – С. 21.

⁵ См.: *Шейфер С.А.* Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – С. 8.

не менее важную сторону, которая аккумулирует в себе обоснование допустимости и достоверности аргументов, подтверждающих правильность своих выводов. Причем указанная грань доказывания начинает раскрываться задолго до получения выводных знаний. Уже в процессе поиска, собирания доказательственной информации субъект доказывания делает предварительную оценку относимости, допустимости получаемых знаний.

Мы приходим к выводу, что разделение уголовно-процессуального познания и доказывания непродуктивно. Познание включает в себя доказывание, а доказывание и есть познание, осуществляемое в особой процессуальной форме. Доказывание в уголовном процессе – это «преимущественно особая разновидность познания практической направленности»¹. Специфический характер и область применения юридического рассуждения обусловлены его практическими целями, а также потребностями процедуры и машинерии суда. Кроме того, судебное состязание сопряжено по большей части, как мы видели, с конкуренцией и борьбой противников. В нем есть поэтому личный элемент. Это отнюдь не абстрактная, а конкретная проблема, которая требует к себе внимания судьи. Чтобы избежать опасности быть введенным в заблуждение, судье зачастую необходимо входить в рассмотрение того, каковы реальные физические и умственные способности состязующихся сторон, способные оказать влияние на исход дела².

Уголовно-процессуальное доказывание является лишь одной из форм познания. Уголовно-процессуальное познание включает в себя также оперативно-разыскное познание, познание с помощью преюдиций и презумпций, общеизвестных фактов, адвокатского познания, детективной познавательной деятельности. Все указанные формы уголовно-процессуального познания связаны единым предметом – событием преступления. Уголовно-процес-

¹ Корнев Г.П. Методологические проблемы уголовно-процессуального познания. – С. 94.

² См.: Thayer J.B. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law. – P. 264.

суальное познание является более широким понятием, нежели доказывание. Доказывание предполагает попадание информации в уголовный процесс через фильтр допустимости. Предполагается, что она выступает надежной гарантией как интересов правосудия, так и прав личности. Однако примеры из практики показывают, что в условиях отсутствия состязательности допустимость превращается в фарс¹.

На наш взгляд, действительными процессуальными гарантиями доказывания могут быть состязательность, равный доступ сторон к доказыванию своих утверждений, собиранию, представлению и исследованию доказательств и независимый суд. Должно быть судебное удостоверение доказательств, полученных и представленных той или иной стороной. Судебный контроль должен служить фильтром, улавливающим привнесенные в доказательства издержки пристрастности сторон.

Познание дает факты. Доказывание дает бытие фактам в форме допустимых средств доказывания. Уголовно-процессуальное доказывание должно допускать использование всех средств, которые не запрещены законом, не противоречат данным науки и не идут вопреки требованиям судебной этики и морали.

В литературе говорят о так называемой процессуальной и непроцессуальной информации², в зависимости от формы познания, результатом которого она являет. Непроцессуальной по форме является информация, которая служит ориентирующей для правильного разрешения вопроса о том, какое следственное действие нужно незамедлительно провести лицу, производящему дока-

¹ Случай, когда следователь своим постановлением исключает как недопустимые неудобные ему доказательства, становятся время от времени причинами громких скандалов.

См., например: *Танькова Я.* Чемпиону России по танцам дали восемь лет «по ошибке» // *Комсомольская правда*. – 2008. – 22 декабря.

² См.: *Шейфер С.А.* Использование непроцессуальных познавательных мероприятий в доказывании по уголовному делу // *Государство и право*. – 1997. – № 9. – С. 57; *Овчинский С.С.* Оперативно-разыскная информация / Под ред. А.С. Овчинского и В.С. Овчинского. – М., 2000. – С. 59.

зывание, для получения определенного доказательства и т. д.¹ Мы считаем, что так называемая сейчас «непроцессуальная информация» является принадлежностью познания. Уголовно-процессуальное познание включает в себя доказывание как процессуальную деятельность, так и деятельность в непроцессуальном ее виде. Судебный контроль не должен мешать превращению непроцессуальной информации в факты по делу.

Скажем еще о нескольких моментах, характерных для современного понимания доказывания. Главным образом речь пойдет о влиянии уголовно-процессуальной формы на доказывание. В предыдущем параграфе, анализируя различные взгляды на природу познания в уголовном процессе, мы все время упирались в «формат». Именно форма кладет предел познавательным ресурсам, но и создает идеологическую (понятийную) среду для образования смыслов относительно используемых терминов, включая термин доказывания. Очевидно, что правовой, формальный момент является приоритетным в понимании доказывания по уголовному делу.

В науке (и отечественной, и зарубежной) общепризнано, что отличает юридическое, уголовно-процессуальное доказывание от

¹ С.А. Шейфер выделяет следующие организационно-правовые формы осуществления познавательной деятельности, лежащей за пределами уголовного процесса: административное производство, нацеленное на установление факта административного происшествия; оперативно-разыскная деятельность, направленная на установление признаков преступления и лиц, его совершивших; частная детективная деятельность, предусматривающая сбор сведений на договорной основе с заинтересованными лицами. К указанным формам также можно отнести и деятельность участников уголовного судопроизводства, позволяющую собрать информацию, использовать ее при выработке своей процессуальной позиции, но не предъявлять ее всем остальным участникам процесса как процессуально невыгодную. В этой связи следует говорить о познании, осуществляемом за пределами процессуальной формы. Заметим, что полученная с помощью указанных видов деятельности информация носит непроцессуальный характер. Тем не менее, она может в определенных пределах быть использована в уголовно-процессуальном познании.

См., например: *Шейфер С.А.* Использование непроцессуальных познавательных мероприятий в доказывании по уголовному делу. – С. 58; *Бедняков Д.И.* Непроцессуальная информация в расследовании преступлений. – М., – 1991. – С. 29.

познания – юридический правовой характер, то есть урегулированность нормами права и юридическое же, или в известном смысле утилитарное, назначение. По поводу последнего можно сказать, что доказывание должно дать возможность разрешить дело в соответствии с возможно более близким приближением к реальности и справедливости. Ю.К. Якимович по данному поводу пишет: «Уголовно-процессуальное познание основывается на общих закономерностях познавательной деятельности, но при этом имеет существенные особенности. 1. Реализуется в строгом соответствии с уголовно-процессуальным законом, который регламентирует все его стороны. Закон фиксирует границы познания (предмет и пределы доказывания), его способы и средства, круг субъектов, его осуществляющих. Знания, полученные с нарушением УПК, признаются ничтожными, не имеющими силы для принятия решений по уголовному делу. 2. Носит прерывный характер, ограничивается процессуальными сроками, предметом и пределами доказывания. 3. Ориентировано на обстоятельства прошедшего, в силу чего достаточно опосредовано. В этом его сложность, – добавляет автор, – но это придает ему большую объективность»¹.

Уголовно-процессуальный закон ограничивает средства и способы доказывания рамками уголовно-процессуальной формы. Л.Д. Кокорев и Н.П. Кузнецов пишут, что «между доказыванием и научным познанием есть и существенные различия, обусловленные тем, что процесс установления истины по уголовному делу регламентирован нормами права, облечен в правовую форму»². «Доказывание как разновидность познавательной деятельности имеет ту специфику, что оно, – развивает данную мысль

¹ Якимович Ю.К. Цель доказывания в уголовном судопроизводстве // Современные проблемы взаимодействия материального и процессуального права России: теория и практика: Материалы Всероссийской научно-практической конференции (17–18 апреля 2003 года). – Екатеринбург, 2004. – Ч. 1. – С. 491–492.

См. об этом также: Бурданова В.С. Поиски истины в уголовном процессе. – С. 12.

² Кокорев Л.Д. Уголовный процесс: доказательства и доказывание / Л.Д. Кокорев, Н.П. Кузнецов. – С. 5–6.

А.Д. Бойков, – урегулировано юридическими нормами, отражающими выработанные наукой и практикой наиболее эффективные способы достижения истины». Процессуальная форма доказывания – это та часть уголовно-процессуальной формы, которая непосредственно относится к созданию правовых предпосылок, обеспечивающих полноту, всесторонность и объективность исследования обстоятельств дела, являющихся залогом истинных выводов и справедливых решений по делу¹.

Многие авторы подчеркивают, что доказывание по уголовному делу производится по определенным правилам, которые определяют прежде всего допустимость используемых средств по представлению доказательств и использованию их в аргументации. Как пишет Мерфи, юристы избирают довольно эксцентрический подход к теме доказательства. Что делает юридический подход эксцентрическим? Если вы предложите человеку, не юристу, рассуждающему здраво, чтобы он провел фактическое расследование и реконструкцию не путем получения всех доступных доказательств, относящихся к обсуждаемым фактам, но не принимая во внимание большинство этих доказательств, чтобы достигнуть правильный результат по спору, не будет удивительным, если реакцией этого лица будет выражение недоверия. Он с трудом сможет взять в толк, что нельзя сделать так, чтобы все доступные, относящиеся к делу доказательства принимались во внимание и чтобы судья принимал их в соответствии с доказательственной ценностью для установления подлежащих доказыванию фактов. Доказательства, которые используются для своих целей субъектами доказывания в судебных процессах, трактуются несколько иным образом, чем это делается в других областях исследований. Причины этого сложны и имеют мало отношения к собственно природе доказательств. А почему слово «доказательство», при употреблении его юристами, имеет другую коннота-

¹ См.: Бойков А.Д. Проблемы уголовно-процессуального доказывания в свете задач координации научных исследований // Проблемы надежности доказывания в советском уголовном процессе. – М., 1984. – С. 47.

цию по сравнению со словом «доказательство», используемым в других контекстах, становится ясным из того, каким путем оно выводится из употребления, и с этим связана фраза «юридически допустимое доказательство»¹.

Ввиду явного противоречия между теоретической моделью состязательности и реалиями правоприменительной практики в последнее время стало модным проводить различие между доказыванием и познанием, причем последнее трактуется максимально широко, с тем чтобы оправдать право защитника, других субъектов «познавать обстоятельства дела». Так, О.В. Голованова пишет, что уголовно-процессуальное познание наделено разнообразными способами получения знаний, которые только не запрещены законом, не противоречат принятым в науке представлениям о возможностях получения достоверного знания, не идут против судебной этики².

Развиваемые из состязательной идеологии положения формируют так называемую концепцию «свободного доказывания», которая также входит в противоречие с нормативным доказыванием лежащей в его основании нормотивистской доктрины³. Очевидно, столь радикальные прожекты несвоевременны. Тем не менее, есть смысл в рассуждениях о необходимости корректировки нормативных границ доказывания, которые не должны мешать осуществлять познание истины по делу. Доказывание мы рассматриваем как одну из форм уголовно-процессуального познания. Поглощая полностью доказывание, уголовно-процессуальное познание имеет более широкие рамки, не ограниченные получением лишь процессуальных знаний. Мы полагаем, что по-

¹ Murphy P. An Introductory Essay. – P. 3.

² См.: Голованова О.В. Адвокатское познание по уголовному делу: Дис... канд. юрид. наук. – С. 68.

³ Это нашло развитие в исследованиях представителей нижегородской школы процессуалистов.

См., например: Иванов А.С. Допрос как средство легализации данных, полученных в ходе оперативно-разыскной деятельности: Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2008; Голованова О.В. Адвокатское познание по уголовному делу: Дис... канд. юрид. наук.

нятие «познание» по уголовному делу шире понятия «доказывание», так как охватывает не только доказывание, но и иные способы получения информации. Познание обстоятельств преступного деяния может быть непроцессуальным, предпроцессуальным и процессуальным. В структуре уголовно-процессуального познания можно выделить доказывание и иное познание. Мы, как уже указывалось, выступаем за максимальную либерализацию, деформализацию доказывания – свобода доказывания, снятие ограничений на средства и способы получения фактов по делу.

В чем состоит принципиальность вопроса о значении процессуальной формы для понимания природы доказывания? Объяснение состоит в возникшем противоречии между письменной, тайной, следственной юридической формой производства доказательственных фактов и состязательной правовой идеологией, в принципиальном плане закрепленной в праве.

Не будем повторять все те многочисленные пункты расхождения между следственным и состязательным судопроизводством, возьмем то главное, что приводит в движение процесс: инквизиционный процесс приводит в движение донос, состязательный процесс – обвинение. В следственном процессе (и в постследственном, то есть таком, как у нас) главным субъектом доказывания является следователь. Как писал Я. Баршев, уголовное судопроизводство есть объем всех тех действий, которые должны предпринять следователь и судья для того, чтобы или, открыв преступление и преступника и наказав сообразно его вине, удовлетворить чрез это требованию правды, или, открыв невиновность подсудимого, поставить его под защиту правды и справедливости¹.

Иными словами, следователь единолично и полновластно устанавливал истину, которая опутывала обвиняемого. Судьи получали истину готовой, запротоколированной; протоколы следственных действий обладают почти непоколебимой доказательственной силой; они являлись для судьи главным доказательством.

¹ См.: Баршев Я. Основания уголовного судопроизводства. – СПб., 1841. – С. 41.

Тайная и письменная юридическая форма отражает принцип, предполагающий, что в области действия уголовного права установление истины является абсолютным правом государя и его судей и находится в их исключительной компетенции¹.

И разве не то же самое мы наблюдаем по сей день?

Конечно, наиболее одиозные черты инквизиционности к настоящему времени смягчились состязательными элементами, расширением прав защиты, но родовая черта инквизиционности – монополия по получению доказательств осталась. Письменные протоколы, собранные следственным органом, как представляли собой основную форму доказательственной информации, обладая трудноколебимой доказательственной силой, так и остались таковыми².

Укажем, где наиболее ярко проявляется влияние уголовно-процессуального права на параметры доказывания. Прежде всего, ученые обращают внимание на регламентацию законом предмета доказывания³. «Сводя к одному знаменателю подлежащее установлению на суде уголовном, закон формулирует его как вопрос о виновности, в свою очередь, распадающийся на вопросы, произошло ли преступное событие, было ли оно деянием подсудимого и должно ли быть вменено ему в вину (ст. 754 УУС)»⁴.

Применительно к действующему УПК В.А. Лазарева так определяет предмет доказывания: «Предмет доказывания по уголовному делу – это совокупность имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела юридически значимых обстоятельств, которые должны быть доказаны или опровергнуты в

¹ См.: Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. – С. 53–54.

² См.: Александров А.С. «Похвала» теории формальных доказательств. – С. 34–47.

³ См.: Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – Т. 2. – С. 238; Банин В.А. Предмет доказывания в советском уголовном процессе; Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н.В. Жогин. – М., 1973. – С. 113–186; Горский Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькин. – С. 69–84; Лузгин И.М. Расследование как процесс познания. – С. 28–29.

⁴ Устав уголовного судопроизводства. Систематизированный комментарий (ст. 595–764). – С. 239.

целях обоснования выдвинутого в отношении определенного лица обвинения»¹. Высказывается по этому поводу и такое мнение: «Понятие предмета процессуального доказывания всегда обозначается совокупностью явлений материального мира, подлежащих установлению и удостоверению по каждому уголовному делу»².

Нижегородская школа процессуалистов определяет его как установленный законодателем и объективно необходимый для законного и обоснованного разрешения дела по существу перечень фактов и обстоятельств, подлежащих установлению (доказыванию) по каждому уголовному делу³. Выделяют общий предмет доказывания, указанный в статье 73 УПК, а по отдельным категориям дел выделяют специальные предметы доказывания, указанные в статьях 421 или 434 УПК РФ. Предметом доказывания по уголовному делу должны быть признаны факты, доказанность наличия или отсутствия которых позволяет сторонам обосновать свои обвинительные или оправдательные тезисы, а суду решить основной вопрос уголовного дела.

Очевидно, что структура предмета доказывания неоднородна. В ней есть ядро и есть несколько кругов фактов, в большей или меньшей степени отдаленных от этого ядра. В центре предмета доказывания расположен главный факт, который определяют как факт совершения преступления определенным лицом⁴, как наличие состава преступления во всех его четырех компонентах⁵, как факты, из которых складывается уголовно наказуемое деяние⁶.

Ф. Багаутдинов и А. Соловьев связывают с нормативным закреплением предмета доказывания наличие у органов предварительного расследования и суда обязанности по проведению пол-

¹ Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. – С. 110.

² Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. – С. 48.

³ См.: Уголовный процесс России: Учебник / А.С. Александров, Н.Н. Ковтун, М.П. Поляков, С.П. Сереброва. – С. 186–187.

⁴ См.: Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. – С. 32.

⁵ См.: Горский Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькин. – С. 83; Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. – С. 98.

⁶ См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – Т. 1. – С. 363.

ного, всестороннего и объективного расследования¹. Действительно, системное значение категории предмета доказывания – следственное; нормы статьи 73 УПК вменяют в обязанность публичным органам² устанавливать обстоятельства, составляющие предмет доказывания. Поэтому А.С. Барабаш справедливо заключает: «Преследование и обвинение должны быть чужды процессу, в рамках которого перед органами государства ставится цель установления всех обстоятельств, подлежащих доказыванию (ч. 1 ст. 74 УПК)»³. Однако следовать в своих теоретических рассуждениях только логике действующего закона, значило бы отказаться от любых попыток реформировать этот закон. Поэтому мы приветствуем попытки дезавуировать смысл термина «предмет доказывания». Такую попытку делает, например О.В. Голованова, которая вводит объект познания как альтернативу предмету доказывания. Объект познания по уголовному делу – это весь круг обстоятельств, относящихся к расследуемому (включая и доследственную проверку, и оперативно-разыскную деятельность, и адвокатское расследование) событию, который объективно попадает в поле зрения всех субъектов, которые осуществляют познавательную деятельность. Если предмет доказывания нормативно определен и доказывать его – обязанность органов предварительного расследования и суда, то объект уголовно-процессуального познания определяется благодаря выбору участников процесса, для которых доказывание является правом, а бремя доказывания берется добровольно в силу выдвижения того или иного утверждения в свою пользу⁴. Еще более радикален в этом отношении С.А. Фролов. По его мнению, конструкция

¹ См.: *Багаутдинов Ф.* Отражение публичных и личных интересов в принципах уголовного процесса. – С. 57; *Соловьев А.* К вопросу о преемственности принципов уголовного процесса России. – С. 74.

² Большинство авторов склонно адресовывать нормы этой статьи и судье. И, надо сказать, этот вывод вполне в духе нашего закона.

³ *Барабаш А.С.* Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 21.

⁴ См.: *Голованова О.В.* Адвокатское познание по уголовному делу: Дис... канд. юрид. наук. – С. 66.

«главный факт» предпочтительнее, чем предмет доказывания. Он предлагает вообще отказаться от нормативного определения предмета доказывания, ибо нормативизация есть одновременно и догматизация того, что объективно не может быть одинаковым у всех уголовных дел. В качестве предмета доказывания необходимо рассматривать факты, имеющие значение для дела – основные факты (и связанные с ними обстоятельства). Набор основных фактов и средств их доказывания может варьировать от одной категории дел к другой¹.

Мы разделяем мнение о необходимости отказаться от законодательного закрепления предмета доказывания и вернуться к категории *главный факт*. А определение предмета доказывания сделать составной частью процесса доказывания. Предмет доказывания по уголовному делу, на наш взгляд, должен определяться сторонами через механизм уголовного иска. Предмет доказывания составляет предмет уголовного иска, то есть главный юридический факт, а также основания уголовного иска и другие факты, имеющие значение для правильного разрешения уголовно-правового спора.

Перейдем к другому формальному аспекту уголовно-процессуального доказывания: регламентации законом познавательных средств. В процессе доказывания применяются те же приемы и методы познания, которые характерны для познания вообще, но только если они имеют форму, предусмотренную УПК. Правовая форма сообщает познавательным средствам, используемым уполномоченным субъектом доказывания, свойство принудительности, что служит гарантией достижения цели доказывания – истины.

Как считают ученые, доказывание в уголовном судопроизводстве России складывается из следующих взаимосвязанных между собой элементов: поиск, обнаружение, собирание, фиксация, исследование, получение, представление, проверка и оценка доказательств по делу, а также обоснование на основе всех их выво-

¹ См.: Фролов С.А. Свойство относимости уголовно-процессуальных доказательств: проблемы теории и практики. – С. 134–140.

дов и процессуальных решений по делу¹. Именно вопрос о собирании доказательств является, на наш взгляд, ключевым для изменения понимания доказывания как равноправной деятельности обеих сторон: защиты и обвинения. Собрание доказательств, получение доказательственного материала составляет основу доказывания, да и вообще процесса. От того, как организовано собирание доказательств (включая их закрепление)², кто имеет право в нем участвовать и прочего, зависит ответ на вопрос: состязательный это процесс или следственный.

Согласно части 3 статьи 123 Конституции РФ уголовное судопроизводство, в том числе и на досудебной стадии, должно быть состязательным. Конституционный принцип состязательности должен отразиться и на его центральной части доказывания – собирании доказательств. В частности, право адвоката самостоятельно собирать «свои» доказательства есть самое важное проявление состязательности процесса. Именно это право предусмотрено положениями статьи 86 УПК РФ, из чего делается вывод о существовании у нас адвокатского расследования³. Однако за-

¹ Данная точка зрения о процессе доказывания и его элементах выражена нижегородскими процессуалистами в кн.: Уголовный процесс России: Учебник / А.С. Александров, Н.Н. Ковтун, М.П. Поляков, С.П. Сереброва. – С. 194.

² Собрание доказательств, по мнению многих ученых, имеет свою структуру. Так, например, А.И. Винберг, С.П. Митричев, В.П. Колмаков, Л.М. Карнеева рассматривали собирание доказательств как совокупность действий по выявлению, фиксации, изъятию и хранению доказательств. Некоторые ученые считают, что собирание доказательств состоит из двух основных частей – выявление и процессуальное закрепление доказательств, другие – поиск и выявление доказательств и их закрепление (фиксация); или – выявление, собирание и закрепления доказательств. Н.В. Терзиев не включал в собирание доказательств их выявление и закрепление и рассматривал одновременно выявление, сбор, фиксацию и исследование доказательств.

См. об этом, например: *Бестаев А.О.* Способы собирания доказательств в уголовном процессе России: Дис... канд. юрид. наук. – Ростов-на-Дону, 2006.

³ См., например: *Милова И.Е.* Участие адвоката – защитника в собирании доказательств на предварительном следствии: Дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 1998. – С. 128; *Макарова З.В.* Профессиональная защита подозреваемых, обвиняемых. – СПб, 2008. – С. 279 и след.

крепление в статье 86 УПК РФ права защитника самостоятельно собирать доказательство негативно оценено рядом ученых¹. Их доводы достаточно сильны. В. Фалилеев и Ю. Гармаев утверждают, что ни один из указанных в части 3 статьи 86 УПК трех путей следственными действиями не является². Показания лиц, опрошенных защитниками, предметы, документы и иные сведения могут по своему содержанию являться доказательствами (ч. 1 ст. 74 УПК РФ), но сами по себе, вне их процессуального оформления судом, прокурором, следователем или дознавателем не могут быть признаны допустимыми³.

С.А. Шейфер указывает: «Признать представленный объект доказательством, ввести его в дело, то есть включить в систему уже собранных доказательств – это исключительная прерогатива органа расследования, прокурора и суда. Принятие решения о приобщении предмета и документа к делу, в сущности, представляет собой акт закрепления доказательства, завершающий момент собирания (формирования) доказательства. Пока такое решение не принято – доказательства еще не существует, оно еще «не собрано», не сформировано»⁴. Таким образом, ввиду отсутствия правового механизма получения адвокатом доказательств в следственной форме, то есть форме, аналогичной той, в которой осуществляет доказывание орган предварительного расследования, возникает сомнение в том, что защитник может собирать именно доказательства.

Вряд ли такое положение дел можно считать нормальным. Мы разделяем мнение О.В. Головановой о том, что требует измене-

¹ См.: Калиновский К.Б. О праве адвоката собирать доказательства в российском уголовном процессе // Криминалистический семинар / Отв. ред. В.В. Новик. – СПб., 2000. – Вып. 3. – С. 92–96; Давлетов А. Право защитника собирать доказательства // Российская юстиция. – 2003. – № 7. – С. 50–51.

² См.: Фалилеев В. Пределы полномочий защитника по собиранию доказательств (взгляд с позиции стороны обвинения) / В. Фалилеев, Ю. Гармаев // Адвокатская практика. – 2003. – № 1. – С. 90.

³ См. там же. – С. 91.

⁴ Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. – С. 26.

ния часть 3 статьи 86 УПК, где необходимо указать, что защитник имеет право собирать сведения, представлять документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств. Она предлагает представлять материалы стороной защиты непосредственно в суд. Речь идет о передаче права собирания-легализации доказательств независимому от сторон органу юстиции – участковому судье (как в Германии) или судебному следователю (как во Франции). При этом органы уголовного преследования, лишаясь этих процессуальных полномочий, уравниваются со стороной защиты. Стороны лишь принимают участие в доказывании¹.

Факты-доказательства должны иметь юридическую, уголовно-процессуальную форму. Однако мы не думаем, что протокол должен быть основным процессуальным средством где бы доказательства находили свое отражение. Напротив, мы находим это весьма вредным в действующем уголовно-процессуальном праве.

С вопросом о юридической форме доказывания связан вопрос и о процессуальных сроках. Установленные Кодексом процессуальные сроки имеют важное значение для определения правового режима доказывания (на предварительном расследовании и в судебных стадиях) и даже для наличия у доказательства самого свойства допустимости, то есть способности быть собственно доказательством. Нарушение срока лишает юридической силы доказательство. Собрание, представление доказательств органами предварительного расследования жестко связано временными рамками. Об этом хорошо сказал У. Бест: «Истец и ответчик предстают перед судом, и индивидуальные, и социальные интересы требуют от суда решения, и чтобы это было также быстрое решение, то или иное. Не возможно, чтобы судья мог сказать: «Этот вопрос кажется сомнительным, я приостанавливаю свое решение по нему» и отклоня-

¹ См.: Голованова О.В. Адвокатское познание по уголовному делу: Дис... канд. юрид. наук. – С. 97.

ет его с тем, чтобы возвращаться к нему неопределенно время от времени; поддерживая в состоянии возбуждения судебный процесс; предлагая каждой из сторон повод к тому, чтобы изготовлять доказательство, чтобы повернуть его в свою пользу; и вреда сообществу, отвлекая внимание по крайней мере двух из его членов от осуществления более полезного призвания. Все это, однако, очень отличается от относящегося к реальному суду, который осуществляется в течение определенного времени, в целях правосудия»¹.

Для нас бесспорна ценность процессуальной срочности как таковой. Но вот, что касается сроков досудебного производства, то здесь уверенности нет. На наш взгляд, та сторона, которая осуществляет уголовное преследование, не может быть ограничена не только сроками, но и какими другими формальными ограничениями на получение необходимой ей информации и установления фактов, которые она собирается представить суду в обоснование уголовного иска. Мы исходим при этом из опыта других стран и досоветского опыта самой России. Процессуальные сроки как необходимый элемент судебной процедуры должны иметь свое место только после предъявления обвинения или принятия мер процессуального принуждения к обвиняемому, подозреваемому.

Еще один блок проблем, приистекающих из процессуально-правовой регламентации доказывания, касается субъектов доказывания, их круга и объема их процессуальных полномочий. По этому вопросу процессуалисты разделились на два лагеря. Естественно, в советское время большинство ученых, исходя из современной им правовой действительности, стояли на том, что полномочными субъектами доказывания могут быть только компетентные государственные органы². Однако и в наше время

¹ *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 27.

² См., например: *Каз Ц.М.* Субъекты доказывания в советском уголовном процессе. – Саратов, 1968. – С. 32; *Лузгин И.М.* Расследование как процесс познания. – С. 26.

многие продолжают придерживаться этого же мнения¹. Сторона защиты не допускается к доказыванию в полном объеме, то есть собиранию, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, предусмотренных статьей 73 УПК РФ². При этом принято ссылаться на судебную практику³ и отмечать, что доказательства, полученные ненадлежащими субъектами либо в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами, должны признаваться недопустимыми⁴.

На наш взгляд, каждый вид судопроизводства, если брать его доказательственное ядро, имеет в виду определенного деятеля (деятели), он же субъект познания – доказывания. Этот деятель уполномочен искать и удостоверять факты, признавать за ними юридическую силу, то есть общеобязательность для других субъектов. Как уже отмечалось, в современном процессе субъектами доказывания такого рода являются компетентные государственные органы, представители обвинительной и следственной власти. Под них формируется законом предмет доказывания, они в полной мере обладают средствами доказывания этого предмета. При этом на способах получения доказательств, на манере удостоверения фактов разделение судебной и исполнительной властей почти не отражается. Доказывание происходит в одностороннем порядке, не перед судом, в отсутствие опровержений, до-

¹ «Собирать доказательства и быть субъектом собирания доказательств может быть только должностное лицо, осуществляющее уголовное судопроизводство», – пишет К.С. Коневец.

Коневец К.С. Способы собирания доказательств на стадии возбуждения уголовного дела в российском уголовном процессе: Автореф... дис. канд. юрид. наук. – Краснодар, 2008. – С. 15.

² См.: *Рыжаков А.П.* Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – М., 2002. – С. 262; *Кузнецов Н.П.* Доказывание и его особенности на стадиях уголовного процесса России: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Воронеж, 1998. – С. 15.

³ См.: Бюллетень Пленума Верховного Суда РФ. – 1996. – № 1. – С. 6.

⁴ См.: Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В. М. Лебедева; Науч. ред. В.П. Божьева. – М., 2002. – С. 194.

казывания со стороны защиты. Следовательно, который предъявляет обвинение, сам проверяет и оценивает доводы защиты против обвинения. Еще раз повторим, что существующая парадигма доказывания ориентирована на следователя-судью¹, который уполномочен единолично установить истину. Состязательная парадигма процессуального познания основана на плюрализме субъектов познания, в число которых допускаются частные лица, имеющие признаваемый законом интерес в деле и их представители. К субъектам уголовно-процессуального познания следует причислить адвоката, который осуществляет познание наряду с другими участниками процесса². Вывод – надо продолжать судебную реформу в сторону развития состязательности, менять структуру уголовного процесса и одновременно – парадигму доказывания.

Есть ряд ученых, которые считали, что частные лица, выступающие в качестве сторон в деле, являются субъектами доказывания и соответственно могут участвовать в собирании доказательств. Некоторыми допускается осуществление доказывания защитой в отдельных элементах³. Так, уже Л.Д. Кокорев признавал, что субъектами уголовно-процессуального познания могут быть, кроме органов уголовного судопроизводства, также и иные

¹ Формально следователь и судья у нас давно разделены, но на уровне идеологии, на уровне «целеполагания» они традиционно выступают как «правоохранительные органы», которые объединены общей целью – установление объективной истины по делу и единой методологией – всестороннее, полное и объективное расследование обстоятельств дела. Места адвокату, как представителю одновременно и общественного, и частного интереса, в доказывании при подобной конструкции по большому счету нет. И даже если он номинально фигурирует в деле как защитник, представитель, адвокат (свидетеля), реально его функция чаще всего сводится к легализации доказательственной деятельности властей.

² См.: Голованова О.В. Адвокатское познание по уголовному делу: Дис... канд. юрид. наук. – С. 83.

³ См.: Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. – С. 74; Стецовский Ю.И. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту / Ю.И. Стецовский, А.М. Ларин. – С. 14.

лица, принимающие участие в этой деятельности¹. Ф.Н. Фаткуллин писал, что субъектами процессуального познания должны признаваться лица, которые уполномочены в установленном законом порядке высказывать свое мнение (версии, утверждения) об искомых фактах, собирать или представлять доказательства и их источники, самостоятельно участвовать в их проверке и оценке, а также официально обосновывать свои выводы по делу².

Мы настаиваем, что к данным субъектам необходимо отнести участников со стороны защиты, в том числе адвоката, выступающего в той или иной процессуальной роли. Они имеют интерес законного в процессе познания и на них может быть возложено бремя доказывания³, следовательно, они участвуют в познании и доказывании как самостоятельные участники. Адвокат участвует в уголовно-процессуальном доказывании прежде всего как аргументатор своей позиции, критик обвинения: он должен обосновывать, почему не доказана виновность подзащитного⁴. В той мере, в какой адвокатское познание приобретает уголовно-процессуальную форму и результаты его признаются законом юридически значимыми, адвокат может считаться субъектом доказывания, наряду с другими субъектами – публичными органами, ведущими уголовное дело.

Участников процесса доказывания можно разделить на следующие группы: субъекты доказывания; иные лица, привлекаемые к нуждам доказывания. Субъекты доказывания в зависимо-

¹ См.: Горский Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькинд. – С. 221–222.

² См.: Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. – С. 82–83.

³ См. об этом: Макарова З.В. Профессиональная защита подозреваемых, обвиняемых. – С. 191, 193, 204, 219; Енишеев Р.З. Проблемы доказывания в деятельности адвоката-защитника по делам о преступлениях несовершеннолетних: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ижевск, 2004. – С. 11; Мещерин А.И. Особенности познания защитником обстоятельств уголовного дела: Дис... канд. юрид. наук. – Ставрополь, 2002. – С. 104.

⁴ См.: Макарова З.В. Профессиональная защита подозреваемых, обвиняемых. – С. 193.

сти от распределения бремени доказывания подразделяются на государственные органы, уполномоченные осуществлять уголовное преследование, и участников, которые вправе взять на себя бремя доказывания тех или иных фактов в свою пользу. Суд как орган правосудия, орган разрешения дела (спора сторон) по существу является субъектом доказывания в смысле познания, удостоверения доказанности фактов. Его роль может быть активной в доказывании, но бремени доказывания он, в отличие от сторон, не несет. Активность его оправдывается необходимостью установления истины по делу.

Основная цель и вместе с тем содержательное ядро процессуальной деятельности сторон состоит в получении знаний об обстоятельствах дела, являющихся предметом уголовно-правового спора. Субъектами доказывания, прежде всего в плане получения и оценки доказательств, действительно, уполномочены законом выступать органы, ведущие процесс, но субъектом познания фактов по делу могут быть любые участники процесса, который затрагивает их права и законные интересы. Субъектами обоснования, аргументации своей позиции по делу могут быть признаны все субъекты познавательной деятельности.

И последнее, о чем необходимо упомянуть, это использование в доказывании презумпций, фикций, преюдиций и других юридических конструкций, с которыми закон связывает возможность установления фактов по делу. Хотят этого или не хотят судьи, они ограничены в своих познавательных возможностях при конструировании судебной истины презумпциями, фикциями, правовыми аксиомами, преюдициями, наконец, юридической терминологией, то есть средствами юридической техники, в широком смысле – юридического языка. Судебная истина всегда формальна, потому что отлита по юридическим формам, изготовлена по лекалам юридического языка. В суде отбирается, усваивается и становится значимой только та информация, которая соответствует принятому юридическому коду¹.

¹ См.: Александров А.С. «Похвала» теории формальных доказательств. – С. 47.

Итак, завершая первую часть параграфа мы должны сказать, что следственную форму доказывания пора менять. В качестве лозунга¹ назревших перемен мы выдвигаем «свободное доказывание». Цель состоит в том, чтобы максимально освободить доказывание от диктата следственной формы, сделать его состязательным.

Мы считаем, что нет рациональных объяснений тем искусственным препятствиям, которые в настоящее время сковывают стороны по собиранию и представлению суду доказательственных данных.

Не протокол, а суд должен стать тем фильтром, который отбирает из материалов, представляемых сторонами, факты. Судебная инстанция дает бытие фактам, делает их общедоступными для аудитории.

Доказывание должно строиться вокруг уголовного иска: как доказывание оснований и предмета иска стороной обвинения и опровержение доказательств стороной защиты, которой должно быть дано право не только опровержения уголовного иска, но и позитивного доказывания своей позиции.

Мы выступаем за предоставление стороне защиты равных возможностей по собиранию доказательств. Однако не через распространение следственной формы на познание адвоката, а через введение судебной инстанции в качестве трансформатора входящей информации: входят в нее сведения, а на выходе – факты.

Любая информация может представляться сторонами суду для подтверждения ее фактичности посредством состязательной проверки.

Рассмотрим, что представляет собой модель искового доказывания. Выступая в поддержку этой модели уголовно-процессуального доказывания², мы исходим из того, что это наиболее последовательный проект обновления теории доказательств и путь к реформированию доказательственного права. Доказывание в состязательном процессе можно представить себе только в виде

¹ Лозунг предполагает известный идеал, естественно, только отчасти выполнимый.

² Впервые о ней было заявлено в диссертации И.В. Круглова.

См.: *Круглов И.В.* Уголовный иск и механизм его доказывания: Дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2001. – С. 76.

состязательной деятельности сторон по доказыванию своих требований к суду и опровержению позиции противника. Три определяющие момента доказывания: кто, каким образом и что доказывает – существенным образом отличаются в следственном и состязательном процессах.

Если попытаться свести суть проблемы к самому главному пункту, то надо сказать, что в состязательном процессе доказывание (как юридически значимая деятельность) происходит в суде и сводится к проверке участниками производства правильности, обоснованности обвинения, а в следственном процессе доказывание происходит вне суда (частично либо полностью) и имеет в качестве фактической основы материалы, собранные следствием. Как говорил И. Бентам, пусть будет спор, который поможет дать увидеть все, что должно быть замечено, выслушайте всех, кто, вероятно, будет знать что-нибудь о существовании дела, услышите всех, но наиболее внимательно всех, и прежде всего, тех, кто, вероятно, будет знать больше всего об этом – стороны¹.

Используя нашу классификацию «фактов», можно сказать, что разница в парадигмах доказывания состоит, в том, что при следственном строе процесса «открывателем-удостоверителем» факта-2 является следователь, а при состязательном – сторона. Факт-3 как продукт конкуренции фактов-2, как результат выбора судьей в пользу одних фактов и игнорирования других, как состояние внутреннего убеждения судьи, подвергнувшееся испытанию различными доводами, выводами, интерпретациями фактов в процессе исследования источников доказательств и обмена речами, в такой парадигме трудно достижим; более того, возможностью достижения его пренебрегают². И в том и в другом способе уста-

¹ См.: *Bentham J. Rationale of Judicial Evidence.* – P. 16, 18.

² Мы говорим об интенции познания, намерении, устайовки познающего, которая формируется средой, обстановкой, в которой он находится. От следователя требуют: «Найди истину, то есть раскрой преступление» (вся так называемая «палочная система» побуждает его к этому), и он выполняет это требование. Судья, присяжный заседатель в состязательном судопроизводстве знает, что истину надо искать в самом себе – в своей совести.

новления фактов и истины, наверное, можно усмотреть свои плюсы и минусы. Мы остановимся на их анализе, когда будем говорить о концепции истины как цели уголовно-процессуального доказывания.

Между тем мы считаем, что снятие противоречий между чисто состязательной процедурой установления фактов и следственной – в утверждении нового идеала фактичности, который условно обозначен как факт-3. Речь идет о модернизации схемы доказывания, основой в понимании природы доказывания должна быть состязательная платформа. Поэтому дальнейший ход наших рассуждений будет касаться ключевых понятий состязательности, имеющих прямое отношение к формированию состязательного же образа доказывания.

Говоря о «правильном» (состязательном) процессе, Е.Б. Мизулина отмечает, что способом существования уголовно-правовой деятельности является обвинение, сущее которого составляет презумпция виновности. Государство является носителем юридической обязанности наказания виновного, в рамках уголовного процесса ему дозволяется искать и презюмировать виновность лица в совершении преступления¹. Она писала: «Таким образом, уголовный процесс как технология правосудия представляет собой систему взаимозависимостей суда, государства (обвинителя) и обвиняемого, фиксируемую уголовно-процессуальным законом, через запреты или ограничения процессуальной независимости в пределах презумпции невиновности – для суда (следователя); запреты или ограничения процессуального принуждения обвиняемого вне суда – для государства (обвинителя); дозволения защищаться (отрицать обвинение) в тех пределах, в которых

¹ См.: Мизулина Е.Б. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства. – Тарту, 1991. – С. 8, 14, 24–27; Она же. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – М., 1993; Она же. Технология власти: уголовный процесс. – Ярославль, 1992. – С. 10, 18–19, 62–65; Она же. Уголовный процесс: новые смыслы и старые категории // Категориальный аппарат уголовного права и процесса. – Ярославль, 1993. – С. 33–41.

государству дозволяется обвинять – для обвиняемого, а в целом независимость суда от государства или право человека на невиновность»¹.

Уголовное обвинение – это объективное применение полномочий органов обвинительной власти к конкретным случаям уголовных дел. Уголовный процесс возникает и развивается в связи с предположением (то есть вероятного знания) о совершении преступления – уголовно наказуемого деяния².

Итак, сущее обвинения – презумпция виновности, разумное предположение, имеющее основание в виде допустимых доказательств, которые указывают на обвиняемого как лицо, виновное в совершении преступления. Обвинитель посредством обвинения предлагает суду разделить его убеждение в виновности обвиняемого. Но суд руководствуется в доказывании другой презумпцией – презумпцией невиновности. Он обязан предполагать обвиняемого невиновным. Доказывание обвинения обвинителем есть опровержение презумпции невиновности.

Некоторые говорят, что уголовно-процессуальное доказывание нельзя сводить к доказыванию обвинения³. Так, А.С. Барабаш пишет: «Толчком к уголовно-процессуальной деятельности выступает обнаружение основания для возбуждения уголовного дела. Сравнение основания с целями уголовно-процессуальной деятельности – побудительный мотив, который является пусковым механизмом уголовно-процессуальной деятельности.

Обвинение на предварительном расследовании не может быть двигателем процесса и потому, что процесс возникает и опреде-

¹ Мизулина Е.Б. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства. – С. 30.

² См.: Уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты сделки о признании уголовного иска / И.А. Александрова, И.В. Круглов, А.Ф. Кучин, А.Г. Смолин. – Н. Новгород, 2007.

³ См., например: Барабаш А.С. Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 19; Шейфер С.А. Куда движется российское судопроизводство? (размышления по поводу векторов развития уголовно-процессуального законодательства) // Государство и право. – 2007. – № 1. – 28–37.

ленное время движется без него. Цель, положенная в деятельность, является двигателем процесса»¹.

Автор этих рассуждений берет за основу инквизиционную модель процесса, составными частями которого были не только собственно судопроизводство, но и его досудебное производство. При состязательности же процессуальную форму имеют только судебные части. Досудебное же производство и соответственно соби́рание фактического материала для обоснования своих требований к суду максимально деформализовано.

Классическая римская юриспруденция рассматривала *prima facie* как основание для уголовного расследования и как опровержимую презумпцию. Истец обязан прежде всего показать, по крайней мере, наличие *a prima facie case* достаточно серьезных доказательств для возбуждения дела, и если он оставляет это имперфектом / дефектным, то суд не будет помогать ему: «*Melior est conditio rei quam actoris*»².

Если брать современный российский закон, то акт возбуждения уголовного дела даже по факту, то есть *res gesta* – есть презюмирование виновности некоего лица, которое, судя по объективным признакам, совершило преступление. Дальнейшее расследование, доказывание показывает, насколько основательно оказалось это предположение, то есть есть ли основания для уголовного иска. Предположение о совершении преступления – основание уголовного иска.

Человек, который призывает другого к суду, должен основываться на доказанности / подтвержденности своего собственного права и четкости его собственного доказательства, а не на хотении права / желаемом праве или слабости доказательства у его противника³.

В смешанном процессе, подобном тому, что существует сейчас в нашей стране, обвинение – это утверждение следственной власти

¹ *Барабан А.С.* Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 19.

² *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 241.

³ *Ibid.* – P. 242.

о виновности лица в совершении преступления, выдвигаемое в одностороннем порядке, то есть в отсутствии независимого арбитра суду. Следователь доказывает правоту своего утверждения о совершении преступления обвиняемым не перед судом, а самому обвиняемому. Презумпция виновности не имеет опоры для своего развития в лице субъекта, который бы из нее исходил.

«Коренное различие между следственным обвинением и уголовным иском детерминировано тем, что в следственном процессе государство (или Государь) противостоит индивиду как единое целое, в состязательном процессе личность имеет дело с «расщепленной» властью государства: ей противостоит «обвинительная власть», как сторона в деле, а судебная власть выступает посредником в споре сторон»¹.

При нормальном же положении дел, которым следует считать состязательность, обвинение должно считать актом, которым лицо ставится в положение обвиняемого в судебном порядке; обвиняемый – это субъект, чья вина презюмируется стороной обвинения и доказывается перед судом через опровержение предположения (презумпции) о его невиновности². Предъявлением уголовного иска в суд создается предпосылка для завязывания уголовно-процессуального отношения. Хотя право уголовного иска, как и весь уголовный процесс, принципиально служит для проверки оснований уголовной ответственности и осуществления карательного права, однако оно не опирается на карательное право, как свое предположение, и еще менее может быть рассмотрено как практическая сторона этого права. Право уголовного иска направлено не против виновного, а против обвиняемого³.

Утверждение обвинителя о виновности обвиняемого есть для суда лишь предположение, вероятность которого зависит от ос-

¹ Александров А.С. Понятие и сущность уголовного иска // Государство и право. – 2006. – № 2. – С. 35.

² См.: Уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты сделки о признании уголовного иска / И.А. Александрова, И.В. Круглов, А.Ф. Кучин, А.Г. Смолин.

³ См.: Александров А.С. Понятие и сущность уголовного иска. – С. 40.

нований обвинения (иска), которым надо пройти проверку на прочность в суде; тогда же устанавливается и юридический состав преступления, являющийся предметом обвинения – в обвинительном приговоре.

Состязательный процесс, чья структура воспроизводит в динамике систему властей правового государства, предполагает исковую форму обвинения¹. Отсюда вытекает, что доказывание в полном смысле, то есть в совокупности своих познавательных и аргументационных сторон, имеет место только в суде. Как подчеркивал А.Ф. Клейнман, «необходимость в доказывании возникает лишь тогда, когда одна сторона оспаривает утверждения другой»². Интерес субъекта доказывания определяется волей (либо законом, влияющим на доказательственную деятельность субъекта) и обстоятельствами, воздействующими на волю субъекта доказывания³.

Что мы видим в существующем уголовном процессе? Субъектом, полномочным на формулирование и предъявление обвинения, выступает государство в лице следователя, предметом обвинения является выявленное и раскрытое самим же следователем преступление. Этим актом, судя по части 2 статьи 154 УПК РФ, лицо привлекается к уголовной ответственности. Основаниями такого обвинения являются «следственные» доказательства, полученные в одностороннем порядке (факты-2, то есть данные, проинтерпретированные, истолкованные в условиях монополизированного права на интерпретацию – самим следователем), хотя и с допущением защиты в некоторых случаях.

Назначение данного порядка предъявления обвинения оправдано только инквизиционным строем предварительного рассле-

¹ В следственном процессе расследование проводится инквизитором по поводу и в связи с возникшим подозрением. Тот, кто обязан проверить донос, становится обвинителем, но также и завершает дело своим решением по существу возникшего подозрения.

² Клейнман А.Ф. Советский гражданский процесс. – М., 1964. – С. 174, 181.

³ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 88.

дования. Формирование доказательственной базы на предварительном расследовании реально происходит почти исключительно в результате действий органа предварительного расследования. Равенства сторон в собирании доказательств нет, чтобы не говорили сторонники «адвокатского расследования». И в этом плане мы разделяем позицию тех, кто считает, что адвокатского расследования у нас нет. Не потому, что сочувствуем этой позиции, а потому, что она более соответствует действительности. Строй нашего процесс таков, что не позволяет адвокату выступать равной стороной в доказывании, особенно в досудебном производстве и особенно в том, что касается получения доказательств.

Мы считаем, что единственной возможностью для выстраивания последовательной системы доказательственного права является идея о единстве процесса – единстве судебного права и единстве основных процессуальных категорий. Унификатором представлений о том, как должно проводиться доказывание оснований для принятия судом правосудного решения, является категория иска¹. Схема для доказывания должна быть одной во всех видов судопроизводства. Понятие доказательства, структура доказывания также должны быть максимально сближены, а еще лучше унифицированы.

Концепция «уголовного иска» имеет для процессуальной науки принципиальный характер. Это подчеркивали классики отечественной уголовно-процессуальной науки, такие как Кулишер, В.А. Рязановский М.С. Строгович, М.Л. Шифман, Н.Н. Полян-

¹ На это указывается в современной общеправовой и отраслевых процессуальных науках.

См., например: *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 53; *Павлушина А.А.* Теория юридического процесса: итоги, проблемы, перспективы развития / Под ред. В.М. Ведяхина. – Самара, 2005. – С. 311–318; *Осокина Г.Л.* Проблемы иска и права на иск. – Томск, 1989. – С. 44; *Александров А.С.* Диспозитивность в уголовном процессе: Монография. – Н. Новгород, 1997. – С. 13–14; *Он же.* Понятие и сущность уголовного иска. – С. 35–47; *Круглов И.В.* Уголовный иск и механизм его доказывания: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2001. – С. 11 и след.

ский и многие другие. Обвинение по юридической природе, по социальной сущности представляет собой иск, иск уголовный¹. Категория иска является родовым понятием для таких его разновидностей, как гражданский и уголовный иски². «Защита права или законного интереса против его нарушения – вот то, что позволяет рассматривать гражданский, уголовный (обвинение) и административный иски как одноплановые процессуальные явления, как разновидности единого родового понятия иска, выступающего в качестве универсального правового инструмента по приведению в движение судебной машины с целью защиты нарушенных или оспоренных прав либо законных интересов»³.

Ряд ученых считает иск средством судебной защиты, то есть требованием, обращением заинтересованного лица к суду с просьбой о разрешении правового конфликта в целях защиты своих или чужих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов⁴. Другие авторы под иском понимают само правопритязание, само субъективное право «в состоянии, годном к немедленному принудительному в отношении должника осуществлению»⁵. Родовое понятие иска можно определить как требование к суду о защите нарушенного или оспоренного права или охраняемого законом интереса⁶. Есть сторонники точки зрения, согласно которой иск одновременно имеет две стороны: процессуальную и материально-правовую. «Спорное материально-правовое требование одного лица к другому, подлежащее рассмотрению в определенном процессуальном порядке, называется иском... Обращение в суд или иной

¹ См.: Проблемы судебного права / Н.Н. Полянский, М.С. Строгович, В.М. Савицкий, А.А. Мельников. – М., 1982. – С. 126; *Осокина Г.Л.* Проблемы иска и права на иск. – С. 44.

² См.: *Осокина Г.Л.* Проблемы иска и права на иск. – С. 44.

³ Там же. – С. 45.

⁴ См.: *Осокина Г.Л.* Проблемы иска и права на иск. – С. 19; *Щеглов В.Н.* Иск о судебной защите гражданского права. – Томск, 1987. – С. 17; *Власов А.А.* Гражданское процессуальное право: Учебник. – М., 2003. – С. 199, 200.

⁵ *Добровольский А.А.* Основные проблемы исковой формы защиты права / А.А. Добровольский, С.А. Иванова. – М., 1979 – С. 17.

⁶ См.: *Осокина Г.Л.* Проблемы иска и права на иск. – С. 46.

юрисдикционный орган будет исковым только в том случае, если оно сопровождается требованием к другой стороне и суду о рассмотрении дела в определенном исковом порядке»¹. Любое обращение в суд с иском должно сопровождаться требованием к ответчику, то есть конкретному лицу, нарушившему его право. В сочетании двух требований: материально-правового (требования истца к ответчику) и процессуально-правового (требования истца к суду) и состоит иск. Без одной из этих сторон иска не существует². По мнению Н.Н. Полянского, уголовный иск – это требование о защите объективного правопорядка, подразумевающее и защиту признанных этим правопорядком субъективных прав граждан. Через уголовный иск государство прибегает к уголовной репрессии³. «Суд по общему правилу разрешает иск. Всякий иск есть утверждение, что какому-либо физическому лицу, корпорации, учреждению или даже самому государству – принадлежит какое-либо право, например, право наказания. Это утверждение нуждается в проверке со стороны суда»⁴. Концепция «уголовного иска» и получила развитие в последнее время, однако большинство процессуалистов пока выступают против нее.

Суть искового производства состоит в том, что судебная проверка основательности правопритязания истца предшествует признанию и принудительному осуществлению последнего. «Спорное материально-правовое требование одного лица к другому, подлежащее рассмотрению в определенном процессуальном порядке, называется иском... Обращение в суд или иной юрисдикционный орган будет исковым только в том случае, если оно сопровождается требованием к другой стороне и суду о рассмотрении дела в определенном исковом порядке»⁵.

¹ Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушников. – М., 2003. – С. 219–220.

² См. там же. – С. 220.

³ См.: Полянский Н.Н. Очерки общей теории уголовного процесса. – М., 1927. – С. 11, 12.

⁴ Там же. – С. 8.

⁵ Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушников. – С. 219–220.

Категория уголовного иска важна для понимания доказывания, потому что «уголовный иск дает процессу его содержание»¹. посредством уголовного иска обвинитель приводит в действие или останавливает ход данного механизма. Предъявление уголовного иска (обвинительного заключения / акта) в соответствии с процессуальными правилами порождает у суда обязанность принять его к своему производству, рассмотреть и разрешить дело по существу. Нет иска, нет доказывания. Иными словами, необходимость в доказывании порождается утверждением о существовании каких-либо фактов, подтверждающих или опровергающих исковые притязания, само же доказывание является показателем процессуальной состоятельности, способность защитить свою правовую позицию перед лицом оппонента в суде. «Процессуальное доказывание – это судебная (и досудебная, если это предусмотрено законом) способность защиты правовой позиции субъектом процессуального доказывания. Соответственно, общетеоретическое понятие «доказывание» должно пониматься как способность защиты правовой позиции субъектом доказывания»².

Исковая модель доказывания является принципиальной для англо-американской теории. «Стороны контролируют процесс доказывания, именно сторона определяет предмет доказывания, определяет свидетелей, которых необходимо вызвать, допрашивает противоположную сторону и свидетелей и т. д. ... Конкурентный процесс – этот принцип определяет способ представления дел в судебном процессе. В соответствии с этим принципом адвокаты и тяжущиеся стороны развернуто и убежденно излагают доказательства и юридические доводы в пользу своих клиентов»³.

Категория уголовного иска затрагивает ядро уголовного процесса – доказывание. Доказывание уголовного иска – это новое

¹ Полянский Н.Н. Очерки общей теории уголовного процесса. – С. 25.

² Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 88.

³ Цит. по: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 88.

понимание цели доказывания, средств и способов доказывания, субъектов доказывания¹.

Цель иска – это само защищаемое посредством иска право, нарушенное или оспоренное², удовлетворение требования истца. Целью любого иска является то, чтобы в строгом соответствии с законом и фактическими обстоятельствами дела разрешить вопрос о защите того или иного права (интереса), то есть дать обоснованный ответ по существу заявленного требования о защите нарушенного или оспоренного права или охраняемого законом интереса (иска). По этому поводу И.Я. Фойницкий писал: «Задача, преследуемая сторонами в процессе, состоит в том, чтобы склонить суд признать утверждаемую им, пока только субъективную истину, истиною объективной»³. Субъективное утверждение перед судом виновности определенного лица только тогда является уголовным иском, когда приводит в движение процесс⁴. Другими словами, И.Я. Фойницкий в иске видел средство установления истины по делу⁵. И в этом он был не одинок⁶. По мнению Н.Н. Полянского, целью уголовного процесса является установление для конкретного случая существования права государства на наказание и эвентуально⁷ тех пределов, в которых оно подлежит осуществлению⁸.

А.С. Александров считает, что цель уголовного судопроизводства состоит в том, чтобы разрешить уголовный иск⁹. Цель обви-

¹ См.: Александров А.С. Понятие и сущность уголовного иска. – С. 39.

² См.: Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. – С. 222.

³ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – Т. 2. – С. 7.

См. об этом также: Случевский В.К. Учебник русского уголовного процесса. Судостроительство – судопроизводство. – С. 406; Строгович М.С. Природа советского уголовного процесса и принцип состязательности. – М., 1939. – С. 124.

⁴ См.: Полянский Н.Н. Очерки общей теории уголовного процесса. – С. 115.

⁵ Аналогичного взгляда придерживался и В.А. Рязановский.

См.: Рязановский В.А. Единство процесса: Учебное пособие. – М., 2005. – С. 37.

⁶ См. там же. – С. 49–50, 69.

⁷ «Эвентуально» значит «возможно при благоприятных обстоятельствах».

⁸ См.: Полянский Н.Н. Очерки общей теории уголовного процесса. – С. 44.

⁹ См.: Александров А.С. Понятие и сущность уголовного иска. – С. 35–47; Уголовный процесс России: Учебник / А.С. Александров, Н.Н. Ковтун, М.П. Поляков, С.П. Сереброва. – С. 23.

нителя – защитить иском в суде общественное благо. Соответственно доказывание будет опосредовать достижение данной цели.

Предъявление уголовного иска обвинителем возлагает на суд обязанность рассмотреть его и принять решение по существу содержащихся в нем требований, то есть проверить правильность утверждения обвинителя о том, что обвиняемый (ответчик) не может считаться невиновным, а должен быть признан виновным нарушителем уголовного закона и субъектом уголовной ответственности, то есть суд обязан приступить к доказыванию, обеспечить сторонам условия для доказывания своих правовых позиций.

Предъявление иска делает предметом доказывания, спора правильность утверждения о том, что обвиняемый виновен в совершении инкриминируемого ему преступления. «Уголовный иск является требованием проверки виновности»¹. Уголовный иск создает для суда обязанность проверить по существу это обвинение и на основе материалов судебного следствия постановить решение, соответствующее материальной истине². Поскольку в обвинении содержатся предварительные ответы на основные вопросы дела (применим или не применим уголовный закон в данном случае), постольку суд должен убедиться в правильности этих ответов.

Уголовный иск есть утверждение обвинителя, устанавливающее связь между правонарушением, как деянием, и известным лицом, как деятелем³. Если содержащееся в уголовном иске утверждение о виновности обвиняемого в совершении преступления считать тезисом, то основания уголовного иска должны быть сочтены посылками для выведения этого тезиса. В свою очередь доказательства, представляемые стороной обвинения, должны в таком случае считаться фактами, образующими фактическую ос-

¹ Александров А.С. Понятие и сущность уголовного иска. – С. 35–47. См. также: Уголовный процесс России: Учебник / А.С. Александров, Н.Н. Ковтун, М.П. Поляков, С.П. Сереброва. – С. 23.

² См.: Шифман М.Л. Прокурор в уголовном процессе. – М., 1948. – С. 36.

³ См.: Полянский Н.Н. Очерки общей теории уголовного процесса. – С. 113, 116.

нову для аргументации в пользу или против существования этих оснований.

Спорные факты в процессе удостоверяются доказательствами, поэтому на них сосредотачивается борьба сторон. Кто не доказал спорного факта, тот может потерять процесс, если на этом факте основывается его иск, опирается его защита. В области права и процесса доказательства имеют свой предмет, особенности которого отражаются на всей их системе. Для судьи недостаточно знать только общие правила логики о доказательствах. Он должен быть знаком и с юридической теорией, то есть с совокупностью правил об этом предмете, вытекающих из системы права и процесса. В этой теории определяется предмет и средства судебных доказательств, отношение к ним тяжущихся сторон и суда и сам порядок судопроизводства о доказательствах¹.

К.И. Малышев писал в связи с этим: «Истец просит об изменении существующего состояния отношений, ответчик желает только сохранить это состояние... очевидно, что в момент предъявления иска истец потеряет процесс, если ничего и более ничего не будет доказано ни с той, ни с другой стороны, если не будут приведены основания для изменения существующего состояния или порядка»².

Органы обвинительной власти государства на основании данных, полученных в установленном законом порядке, презюмируют виновность лица в совершении преступления, а все дальнейшее производство по делу сводится к проверке этой презумпции – через состязание со стороной защиты, в окончательном виде – перед судом. При этом способ проверки обоснованности и законности обвинения определяется презумпцией невиновности, которой руководствуется судебная власть, как высшая, верховная власть в уголовном судопроизводстве, которой принадлежит право на установление судебной истины. Уголовное судопроизводство развивается через опровержение обвинительной властью

¹ См.: *Малышев К.И.* Курс гражданского судопроизводства. – Т. 1. – С. 271.

² Там же. – С. 274–275.

презумпции невиновности обвиняемого, убеждение суда в его виновности.

Таким образом, в свете категории «уголовный иск» важнейшие понятия доказательственного права образуют четкую картину, которая не только дает общее представление о том, что такое доказывание, но и позволяет увидеть ранее уходявшие от внимания специалистов черты в понятии доказательства, его свойств, элементах доказывания и пр.

Судебное доказывание есть деятельность субъектов процесса по установлению при помощи указанных законом процессуальных средств и способов объективной истинности наличия или отсутствия фактов, необходимых для разрешения спора между сторонами, то есть фактов основания требований и возражений сторон¹.

Наш главный тезис состоит в том, что применительно к состязательному уголовному процессу теория доказательств должна строиться на категории иска. Это категория дает понимание ряду моментов: кто доказывает – стороны, где – в суде, каким образом – путем представления своих доказательств (фактов-2) и выведения из них доводов, обращенных к суду. На доводах лежит отпечаток партийности стороны – они выражают версию стороны, дело стороны, подкрепленные системой аргументации. В ходе состязательной проверки фактов, борьбы интерпретаций происходит событие «возгонки» фактов-2 в высшую фракцию достоверности – факт-3. Все назначение состязания – это перекрестная перепроверка фактических данных, материалов дела, полученных и представленных сторонами на предмет их достоверности, относимости, достаточности, чтобы убедить судью.

Категория «уголовный иск» неразрывно связана с состязательной формой уголовного судопроизводства², а главное, что мы должны сказать о состязательном доказывании, это то, что

¹ См.: *Треушников М.К.* Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. – М., 1982. – С. 22.

² См. об этом, например: *Случевский В.К.* Учебник русского уголовного процесса. – С. 72; *Кулишер А.М.* Защита субъективных публичных прав посредством иска // *Юридический вестник.* – 1913. – Кн. 4. – С. 123, 124, 126.

оно может быть только судебным, представление и исследование доказательств в пользу или против предъявленного иска может быть только в открытом судебном заседании, перед независимым, беспристрастным судом. Иными словами, форма определяет содержание доказательственной деятельности и качества фактов, получаемых в ее процессе, качество и самих процессуальных решений.

Отсюда вытекает вывод о том, что досудебное доказывание – формирование оснований для уголовного иска стороной обвинения и подготовка противодоказательств стороной защиты не могут считаться «процессуальным» доказыванием, то есть юридической деятельностью, порождающей юридические же факты¹. Только судебное доказывание может считаться полноценным способом удостоверения фактов и установления истины по делу.

Е.В. Васьковский отмечал: «Суд не вправе верить сторонам на слово. Он не может удовлетворить исковое требование на том только основании, что считает истца честным человеком, не способным предъявить неправомерное требование, и точно также не может отказать в иске, исходя из того, что возражения ответчика заслуживают ввиду его нравственных качеств полного доверия. Суд принимает в соображение заявления и утверждения сторон лишь в той мере, в какой установлена их истинность. Деятельность тяжущихся, имеющая целью убедить суд в истинности их утверждений и заявлений, называется доказыванием (*probatio*, *Beweisführung*), а те средства, с помощью которых производится доказывание, носят название доказательств (*instrumenta*, *Beweismittel*, *preuves*)»².

Так, М.А. Гурвич считает, что «под доказыванием подразумевается деятельность, имеющая целью убедить суд в истинности рассматриваемых им фактов; под «доказательствами» – те средства, которые служат этому утверждению. Доказывание совер-

¹ Не будем вдаваться в проблематику прекращения уголовного дела по реабилитирующим основаниям.

² *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского процесса. – 2-е изд. – М., 1917. – С. 228.

шается путем приведения доказательств»¹, а далее определяет «доказывание как деятельность, связанную с убеждением суда в истинности рассматриваемых им фактов»². Суд вынесен ученым за рамки доказательственной деятельности. Соответственно суд, по мнению профессора Гурвича, не участник доказывания.

Хотя познание, получение фактических данных может иметь место, но ввиду отсутствия состязательности, невозможности противопоставления позиций сторон и их доводов перед независимым арбитром; отсутствуют условия для события, о котором мы говорим, как единственно возможном способе конституирования факта-3.

Субъекты доказывания и роль суда в доказывании в свете состязательности и искового производства выглядят таким образом.

Субъектом права на уголовный иск выступает обвинитель, он же несет бремя доказывания уголовного иска, им сформулированного и выдвинутого в установленном законом порядке перед судом, открыто, гласно для стороны защиты. Суть правил о распределении бремени доказывания между сторонами состоит в следующем: кто утверждает, тот и доказывает. Обвинитель через предъявление уголовного иска в суде берет на себя основное бремя доказывания – доказывание иска, его юридической и фактической сторон. Субъектами доказывания являются лишь стороны, чей спор о праве должен разрешить суд³.

К субъектам доказывания надо относить тех участников процесса, процессуальная деятельность которых направлена на установление истинности наличия или отсутствия фактов – стороны, суд. Стороны доказывают правомерность своих требований, суд доказывает истину.

Стороны доказывают, а суд разбирает и разрешает дело для того, чтобы вынести законное и обоснованное решение, суд исследует, проверяет и оценивает доказательства. Это разумное

¹ Гурвич М.А. Лекции по советскому гражданскому процессу. – С. 99.

² Там же.

³ См.: Треушников М.К. Доказательства и доказывание в советском гражданском процессе. – С. 23–24.

разделение труда между судом и сторонниками в отношении судебных доказательств.

На страницах юридической печати идет непрекращающаяся дискуссия о том, как конституционный принцип состязательности процесса и равенства прав сторон (ч. 3 ст. 123 Конституции РФ) согласуется с обязанностью суда всесторонне исследовать обстоятельства дела с целью разрешения спора сторон, с (возможной) активностью суда по истребованию дополнительных доказательств, с возможностью (самостоятельного) выхода суда за пределы требований сторон, а также другими аспектами деятельности суда в рамках состязательной процессуальной процедуры (ст. 15 УПК РФ)¹. Некоторые ученые считают, что суд должен быть пассивным, вообще не осуществлять доказывание²; роль председательствующего судьи в судебном заседании существенно ограничивается и сводится лишь к формальному выслушиванию аргументов сторон и вынесению на их основе окончательного решения³. Так, С.А. Пашин в пояснительной записке к проекту УПК РФ, подготовленному ГПУ при Президенте РФ, писал: «Уголовное судопроизводство – не инструмент борьбы с преступностью и подавления преступников, а прежде всего правовая рамка, позволяющая установить на основе доказательств, имеют ли следователь, прокурор, суд дело с преступлением либо безразличным для уголовного права поступком, с виновным или невиновным в совершении запрещенного уголовным законом деяния лицом. При этом правовая форма работы всеобща, обязательна и самоценна, а отход от нее не может быть оправдан ни-

¹ См.: *Корневский Ю.* Нужна ли суду истина? // *Российская юстиция.* – 1994. – № 5. – С. 20–22; *Тенчов Э.С.* Объективная истина и суд присяжных / Э.С. Тенчов, О.В. Кузьмина // *Государство и право.* – 1994. – № 11. – С. 132–139; и др.

² См.: *Джатиев В.С.* Общая методология и современные проблемы обвинения и защиты по уголовным делам: Дис... д-ра юрид. наук. – Владикавказ. – 1995. – С. 13.

³ См.: *Ершов В.В.* Проблемы рассмотрения уголовных дел судом присяжных / В.В. Ершов, Л.С. Халдеев // *Государство и право.* – 1994. – № 2. – С. 81–82; *Москалев Н.* Конституция России и проблемы судопроизводства в уголовном процессе // *Российская юстиция.* – 1996. – № 2. – С. 22; *Григорьева Н.* Принципы уголовного судопроизводства и доказательства. – С. 40.

какими практическими конъюнктурными соображениями»¹. В этом же документе содержится и другое принципиальное высказывание: «Единственная функция суда – осуществление правосудия, то есть рассмотрение и разрешение в рамках надлежащей правовой процедуры уголовного дела или материала. Бремя доказывания лежит на сторонах, спорящих перед судом»². Он же высказывал мысль о том, что «юрист отвечает не за обнаружение истины, а лишь за то, чтобы результат судебного разбирательства был достигнут определенным образом», ибо «...с помощью доказательств не устанавливается истина», а лишь «обосновываются определенные выводы по делу»³. «Суд выносит решение только на основе того материала, который представили стороны, даже если, по мнению суда, не отражает полностью всех обстоятельств дела»⁴.

Однако, на наш взгляд, правы те ученые, которые продолжают отстаивать точку зрения о пользе активной роли судьи в доказывании⁵, которую сформулировали классики: «Состязание сторон проводится при руководящей роли суда»⁶. За судом в состязательном процессе должна быть сохранена активная руководящая роль; именно суд направляет исследование дела в сторону, благоприятствующую раскрытию истины.

¹ Проект УПК РФ. – М., 1994. – С. 3.

² Там же. – С. 5.

³ Пашин С.А. Проблемы доказательственного права // Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования. Дискуссии. – М., 1995. – С. 312, 322.

⁴ Там же.

⁵ См.: Шейфер С.А. О понятии и цели доказывания в уголовном процессе // Государство и право. – 1996. – № 9. – С. 66; Он же. Предварительное и судебное следствие по УПК РФ: проблемы соотношения // Актуальные проблемы современного уголовного процесса России: Межвузовский сборник научных статей / Под ред. В.А. Лазаревой. – Самара, 2008. – Вып. 3. – С. 40–41; Алексеева Л. Действительные или мнимые противоречия // Российская юстиция. – 1995. – № 6. – С. 23–24; Бабенко А. Суд должен проявлять активность при сборе и исследовании доказательств / А. Бабенко, Н. Черкасова // Законность. – 1993. – № 12. – С. 1–2; и др.

⁶ Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. – М., 1955. – С. 174.

Суд обязан всеми разрешенными процессуальными способами добиться того, чтобы истина была установлена и соответственно, чтобы уголовное наказание понесло не то лицо, которое «отказалось от спора» по каким-либо соображениям, а то, которое действительно виновно в совершении преступления. Суд не должен быть связан ни процессуальной позицией сторон (необходимость самих сторон под сомнение не ставится, то есть об отказе от состязательности речи не идет), ни мерой их активности в представлении доказательств. Суд вправе по собственной инициативе собирать доказательства с тем, чтобы установить истину и разрешить дело по существу, причем чаще всего независимо от того, есть спор или нет¹.

Как совершенно верно пишет С.П. Гришин, суд опосредует в своей деятельности все элементы процесса доказывания, является активным его участником в рамках любой из форм отправления правосудия и прежде всего, и главным образом в такой его центральной части, как судебное следствие. Судья связан волей и позицией сторон только в той мере, в какой это не создает препятствия для полного и объективного выяснения обстоятельств дела и установления объективной истины. Предусмотренный законом порядок судебного следствия: его предмет, пределы, а также процедура производства отдельных следственных действий и других действий сторон и суда – главная гарантия достижения объективной истины².

Надо отметить, что Конституционный Суд РФ исходит из того, что суд должен обеспечить полное и всестороннее исследование всех обстоятельств дела в целях принятия правосудного, то есть законного, обоснованного и справедливого решения. «После передачи материалов уголовного дела с обвинительным заключением в суд именно этот орган, разрешая дело на основе полного и всесто-

¹ См.: Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. – СПб., 2002. – С. 186–187.

² См.: Гришин С.П. Судебное следствие в смешанном уголовном процессе (гносеологический, процессуальный и тактико-криминалистический аспекты). – С. 100.

ронного исследования в судебном заседании всех его обстоятельств, осуществляет проверку процессуальных актов и других материалов досудебного производства»¹. Суд, осуществляя доказывание, обязан принимать в установленных процессуальных формах все зависящие от него меры к тому, чтобы были получены доказательства, подтверждающие как виновность, так и невиновность лица в совершении инкриминируемого ему преступления².

Наверное, можно говорить, что состязательная процедура способна гарантировать достижение истины по делу только в единстве с активной ролью председателя в доказывании. Суд, не нарушая правила состязательного судопроизводства, должен принять меры к установлению фактов по делу, их всесторонней интерпретации и выведения выводов для принятия правильного решения по делу.

Дальнейшее объяснение исходит из того, что такое доказывание уголовного иска должно касаться понятий «предмет», «осно-

¹ Пункт второй мотивировочной части постановления Конституционного Суда РФ от 23 марта 1999 года № 5-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 133, части 1 статьи 218 и статьи 220 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан В.К. Борисова, Б.А. Кехмана, В.И. Монастырцкого, Д.И. Фуфлыгина и общества с ограниченной ответственностью “Моноком”» // СЗ РФ. – 1999. – № 14. – Ст. 1749.

См. также пункт 2 определения Конституционного Суда РФ от 5 ноября 2004 года № 359-О «По жалобе гр-на Передерия М.Г. на нарушение его конституционных прав частью 4 статьи 47 и пунктом 1 статьи 254 Уголовно-процессуального кодекса РФ» // СЗ РФ. – 2004. – № 52. – Ст. 5586; пункт 2 определения Конституционного Суда РФ от 5 ноября 2004 года № 360-О «По жалобе гр-на Краюшкина Е.В. на нарушение его конституционных прав частью 4 статьи 133 Уголовно-процессуального кодекса РФ» // СЗ РФ. – 2004. – № 52. – Ст. 5587; пункт 2 определения Конституционного Суда РФ от 5 ноября 2004 года № 360-О «По жалобе гр-на Филиппова В.Т. на нарушение его конституционных прав частью 2 статьи 24, частью 4 статьи 133, статьей 239 и пунктом 1 статьи 254 Уголовно-процессуального кодекса РФ» // СЗ РФ. – 2004. – № 52. – Ст. 5588.

² См. пункт 4 постановления Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 года № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // СЗ РФ. – 2004. – № 27. – Ст. 2804.

вания», «предпосылки», «условия предъявления» уголовного иска. Иск состоит из двух элементов: предмета и оснований, они характеризуют его содержание и правовую природу¹. Предметом иска чаще всего считают то конкретное материально-правовое требование, вытекающее из спорного правоотношения, которое истец предъявляет к ответчику и относительно которого суд должен вынести решение по делу². Предмет уголовного иска – «утверждение» о виновности обвиняемого в совершении преступления, подразумевающее последующее его привлечение к уголовной ответственности, признание правомерности которого требует перед судебной властью сторона обвинения³.

«Материально-правовое требование» или «утверждение» стороны обвинения есть продукт процессуальной деятельности обвинителя, а не сами по себе «обстоятельства» преступного поведения. Факты составляют материальную основу дела, на которой строится юридическая конструкция в виде уголовной ответственности. Уголовный иск в «материальном смысле» есть утверждение представителя обвинительной власти о наличии материального уголовно-правового отношения между государством и лицом, предположительно совершившим преступление. Есть, правда, ученые, которые вообще отрицали наличие уголовно-правового момента в обвинении: «Форма и содержание обвинительной деятельности определены лишь уголовно-процессуальным законом, и в понятии обвинения отсутствует материально-правовой момент»⁴.

На наш взгляд, при исковом понимании обвинения вопрос о совершении преступления из разряда материально-правовых пе-

¹ См.: Васильковский Е.В. Учебник гражданского процесса. – С. 350; Осокина Г.Л. Проблемы иска и права на иск. – С. 124.

² См.: Гражданское процессуальное право России / Под ред. М.С. Шакарян. – С. 204; Шифман М.Л. Прокурор в уголовном процессе. – С. 36.

³ См.: Уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты сделки о признании уголовного иска / И.А. Александрова, И.В. Круглов, А.Ф. Кучин, А.Г. Смолин. – С. 67.

⁴ Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. – С. 31.

реводится в процессуальный, аналогично и основания уголовной ответственности выглядят не как элементы объективной действительности (факт-1), а как фактум пробандум. Это, с нашей точки зрения, правильное понимание природы вещей и природы соотношения процессуального и материального¹. Фактичность как вопрос знания, то есть в том смысле, который был придан нами термину «факт», составляет материальную основу уголовного иска. Иных материальных оснований у иска не может быть, поскольку они не могут быть представлены суду. Суду могут быть представлены только факты, подтверждающие требование о признании наличия у него права.

Предмет уголовного иска образует ряд утвердительных суждений, тезисов. Каждое из этих суждений является продуктом цепи рассуждений, начало которым кладется фактами-2. Система суждений:

- 1) имело место деяние;
- 2) это деяние совершил обвиняемый;
- 3) деяние квалифицируется статьей УК как преступление;
- 4) обвиняемый виновен в совершении преступления;
- 5) за это преступление УК предусматривает меру уголовной ответственности;
- 6) к обвиняемому должна быть применена мера уголовной ответственности;
- 7) отсутствуют обстоятельства, исключающие возможность привлечения обвиняемого к уголовной ответственности;
- 8) обоснованность указанных суждений фактами.

Уголовное судопроизводство складывается в связи с предположением о наличии у государства права на применение мер уголовной ответственности и корреспондирующей ему обязанности обвиняемого понести эту ответственность. Очевидно, основанием

¹ В последнем надо видеть не первопричину первого, а наоборот. Ведь и само понятие «состав преступления» произошло из процессуального понятия. Процесс дает бытие уголовно-правовой действительности. Основания уголовного иска, будучи подтвержденными в суде, превращаются в основание уголовной ответственности, закрепленной в обвинительном приговоре суда.

уголовного дела является не совершение преступления, а его процессуальная проекция, в виде «основательности иска», в уголовном деле.

Сказанное приводит нас к необходимости детального анализа понятия основания уголовного иска. Основания правопритязания или, иначе говоря, «материальные права» на иск должны быть связаны с понятием «доказательство»¹. Что следует понимать под доказательствами в свете концепции «уголовный иск»? Под ними надо понимать доказательные факты, которыми истец обосновывает законность и справедливость своего требования. Одновременно это те факты, которые суд принимает в подтверждение или опровержение фактов *res gestae* некоторого иска, или другого дела, к которому предусмотренный закон должен быть применен².

Если эти доказательные факты нашли подтверждение в судебном следствии, они становятся судебными фактами. Как уже говорилось, различие между фактами-2 и фактами-3 состоит в том, что в первом случае они представляются стороной обвинения в обоснование своих исковых требований, а во втором – они приняты судом за факты. Речь идет, таким образом, об одних и тех же фактах, но интерпретируемых различными субъектами (обвинителем и судом) в различных контекстах (при предъявлении обвинения и при постановлении приговора). Рассмотрим более подробно эту мысль.

Большинство ученых процессуалистов полагает, что основание иска составляют юридические факты, на которых истец обосновывает материально-правовое требование к ответчику³. «Фактическое основание» иска – это то, из чего истец выводит свои требования к ответчику, это обстоятельства, создающие, изменяющие права и обязанности сторон или препятствующие воз-

¹ См. об этом, например: *Клейнман А.Ф.* Основные вопросы учения об иске в советском гражданском процессуальном праве. – М., 1952. – С. 90–91.

² См.: *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 22.

³ См.: *Власов А.А.* Гражданское процессуальное право: Учебник. – С. 201.

никновению прав и обязанностей¹. Говорят также и о правовых основаниях иска, то есть тех материально-правовых нормах, на которых основывается требование истца².

А.С. Александров утверждает, что основаниями уголовного иска являются доказательства, то есть сведения, которыми истец пытается в суде обосновать справедливость своего утверждения о виновности подсудимого³. Некоторые полагают, что материальное право на уголовный иск возникает вследствие совершения лицом преступления⁴. Это представление вытекает из известной теории о том, что уголовно-правовое право государства на наказание, как и само уголовно-правовое отношение между государством и совершившим преступления, и соответственно, как и основание уголовной ответственности, образуется с момента совершения преступления. Надо прямо сказать, что именно эта теория является господствующей в современной отечественной науке уголовного права.

Одну из последних редакций такого видения можно обнаружить в диссертационном исследовании В.В. Сверчкова: «Возникновение уголовной ответственности и ее реализация – явления не равнозначные. Лицо можно освободить от реализации ответственности, но не от ее возникновения. Ответственность имеет объективную причину возникновения – факт (событие), предусмотренный уголовным законом... Возникает уголовная ответственность в момент совершения лицом предусмотренного уголовным законом деяния. Приобретает формальное выражение в момент возникновения уголовно-правовых отношений, а материальное [уголовно-правовое] – в момент предъявления лицу обвинения (в негативном аспекте). Имеет несколько форм реализации.

¹ См.: Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. – С. 223, 224.

² См.: Васильковский Е.В. Курс гражданского процесса. – М., 1913. – Т. 1. – С. 350; Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. – С. 224.

³ См. об этом: Александров А.С. Основание и условия для особого порядка принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением // Государство и право. – 2003. – № 12. – С. 43–52.

⁴ См.: Полянский Н.Н. Очерки общей теории уголовного процесса. – С. 124.

Прекращается она с окончанием уголовного наказания и уголовно-правовых последствий осуждения лица, окончания иных мер уголовно-правового воздействия (в негативном аспекте)»¹. На первый взгляд, логика в этих рассуждениях есть. Однако, находясь на этой позиции, нельзя объяснить судьбу уголовной ответственности, возникшей у лица, чье преступление осталось латентным. Вполне понятно, какой идеологией вдохновляется приведенная теория: неотвратимости уголовной ответственности, раскрываемости всех преступлений. Однако здравый смысл подсказывает недееспособность этих теорий на практике, более того – их вредоносность.

Событие преступления прямо не производит право государства на наказание преступника, но создает только предпосылку для этого, и, во-вторых, в праве на уголовный иск происходит сложение самостоятельных полномочий: права на предъявление иска (право на иск в процессуальном смысле) и права на удовлетворение иска (право на иск в материальном смысле), в неразрывное двуединство².

Если немного отклониться от темы, то, сделав исторический экскурс, можно вспомнить, что вопрос о *corpus delicti* был первоначально вопросом процессуального, а не материального права. Понятие «*corpus delicti*» выработалось в порядке отправления правосудия по началам инквизиционного процесса. В инквизиционном процессе различались две основные стадии: общее расследование (*inquisitio generalis*), направленное на установление события преступления, и расследование специальное (*inquisitio specialis*), направленное на выяснение виновности в установленном уже преступлении определенного лица. Применительно к специальному расследованию действовали правила об условиях приступа к расследованию в отношении определенного лица (*ad inquirendum*), применения к нему пыток (*ad torquendum*) и, нако-

¹ Сверчков В.В. Концептуальные основы решения проблем освобождения от уголовной ответственности: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. – Н. Новгород, 2008. – С. 17.

² См.: Александров А.С. Понятие и сущность уголовного иска. – С. 40.

нец, осуждения его (*ad condemuendum*). Из этих правил, ставящих каждое из указанных процессуальных действий – приступ к расследованию в отношении определенного лица, попытку и обвинительный приговор – в зависимость от растущей степени достоверности виновности определенного лица в совершении преступления, выросло учение об уликах. Из требования же *constare de delicto* (констатировать наличие преступления) до приступа к расследованию в отношении определенного лица выросло учение о «*corpus delicti*». Таким образом, то противоположение преступления и его виновника, деяния и его деятеля имело когда-то значение реквизита инквизиционного процесса. Установление же «*corpus delicti*» имело значение предпосылки второй стадии расследования – расследования специального. Учение о процессуальных предпосылках для приступа к специальному расследованию было чистейшей формой учения о «*corpus delicti*»¹. Согласно формулы Фаринация (1581): «*primum inquisitionis requisitum est probatio corporis delicti*» (первое, что требуется от расследования – это доказательство *corpus delicti*)². Но самое выражение «*corpus delicti*» первоначально означало доказательство, именно вещественное доказательство преступления, тот внешний предмет, на который была направлена преступная деятельность: мертвое тело, израненное тело, сгоревший дом, похищенное имущество. Термин «*corpus delicti*» произошел от слов «*corpus mortuum*» (мертвое тело), так как осмотр мертвого тела, как средство установления преступления, и дал по преимуществу толчок для развития учения о «*corpus delicti*». Из потребностей инквизиционного процесса возникло понятие «*corpus delicti*» как обнимающее все объективное (внешнее), доказывающее совершение преступления и тем устанавливающее предпосылку специального расследования, в противоположность всему субъективному, входящему в понятие «*certitudo auctoris*» (доказанность виновника) и составляющему

¹ Цит. по: Полянский Н.Н. Доказательства в иностранном уголовном процессе. – С. 37.

² См. там же.

уже не предпосылку, а предмет самого специального расследования¹. Постепенно преобразуясь, «*corpus delicti*» получило значение состава преступления в смысле совокупности всех внешних признаков преступления, в отличие от виновности и противоправности, исключаемой такими условиями, которые лишают деяние значения преступного, несмотря на наличие в нем внешних признаков преступления. Так объясняется раздельное развитие учений о составе преступления (не включающем в себя признака виновности), с одной стороны, и о виновности и противоправности – с другой. С течением времени понятие состава преступления стало одним из основных понятий уголовного права, но след его процессуального происхождения сохранился в том, что в это понятие включались только объективные признаки преступления.

Вряд ли материальным основанием обвинения является само по себе событие преступления или обстоятельства этого преступления, как фрагменты реальности. Основаниями обвинения являются те установленные доказательства в ходе предварительного расследования факты², которые подтверждают утверждение обвинителя о виновности подсудимого в совершении инкриминируемого ему общественно опасного деяния. Никаких других «оснований» у предположительного суждения (обвинения), кроме как поддерживаемых доказательствами, нет.

¹ Тот, кто хочет сделать учение о составе преступления значительным, должен мыслить процессуально. Мышление процессуальное, как располагающее отдельные понятия во времени и в этом смысле «связанное последовательностью во времени», противоположено надвременному материально-правому мышлению. Исследуя конкретное явление, то и другое мышление одинаково начинают с родового понятия, каковым является «деяние», но, переходя затем к видовым признакам, процессуальное и материально-правовое мышление трактуют их по-разному. Процессуально-правовое мышление располагает их в такой последовательности: наличие признаков, образующих состав преступления, противоправность и виновность; таким образом наличие признаков, образующих состав преступления, выдвигается на первый план. Процессуальное мышление идет от деяния к деятелю. Напротив, с формально-логической точки зрения материально-правового мышления все видовые признаки равнозначны и потому могут быть исследуемы в любом порядке.

Мы разделяем мнение, что основанием уголовного иска является не право государства на наказание, а обвинительный доказательственный материал, подтверждающий уголовный иск¹.

Согласно Кодексу понятие «основание» надо понимать главным образом в смысле наличия достаточных доказательств для принятия решения: «основание для принятия решения, совершения процессуального действия» (ч. 4 ст. 11, ст. 24, 27, п. 1 ч. 1 ст. 46, ч. 1 ст. 91, ч. 2 ст. 92, ст. 97, 111, ч. 3 ст. 115, ст. 133, ч. 1 ст. 146, ч. 2 ст. 153, ч. 1 ст. 171, ч. 1 ст. 176, ч. 1 ст. 185, ст. 195, ч. 1 ст. 213, ст. 227, 229, 234, 235, ч. 8 ст. 302, п. 3 ч. 1 ст. 305, п. 2 ч. 1 ст. 306, ч. 5 ст. 348, ст. 369, 379, 380, 381, ч. 2 ст. 383, ст. 409, 413, ч. 2 ст. 416, ч. 3 ст. 427, ч. 3, 4 ст. 443, ст. 469 УПК и др.).

Основание как результат квазисобытия (псевдосудебного) – это основание прекращения уголовного дела, во внесудебном порядке, основание для привлечения в качестве обвиняемого (опять же внесудебного). Но только в судебном разбирательстве может состояться событие, в результате которого факт-2, как основание уголовного иска, преобразуется в факт-3 – предпосылка (основание) обвинительного приговора.

Основанием уголовного иска являются доказательства (факты-2), которые позволяют стороне обвинения презюмировать совершение преступления обвиняемым, то есть лицом, в отношении которого предъявляется уголовный иск в суде или возбуждается ходатайство о применении к нему меры процессуального принуждения.

Факты образуют основание уголовного иска. Это факты, которые мы обозначили как факты-2. Очевидно, было бы неверным сказать, что эти факты есть сведения, которые направлены на убеждение стороны в защите в правоте исковых требований, полноте предмета иска, достоверности его оснований. Факты, которые лежат в основании иска, адресованы суду. Они имеют форму доводов. Полемически заострены, предназначены для состязательной проверки со стороны противной стороны.

¹ См.: Александров А.С. Понятие и сущность уголовного иска. – С. 40.

Основание уголовного иска – презюмирующий факт, поскольку иск есть выражение доказываемой связи между презюмирующим фактом и презюмируемым выводом о том, что обвиняемый – преступник. В иске мы находим интерпретацию стороной обвинения доказательств, полученных из источников. Достоверность их презюмируется, но совсем не обязательно находит подтверждение при столкновении с реалиями судебного следствия. Основания уголовного иска – это объективная сторона довода.

Доказательства – источники обвинения доказывают основания иска и служат основанием предположения о виновности обвиняемого, содержащегося в обвинении. Основания иска – это его фактичность, представленная (существующая) в форме доказательств, которые актуально выступают как средства передачи информации, источники получения сведений и их носители, а эвентуально (то есть в случае успешного представления в суде) – фактов-2.

На наш взгляд, доказательства наличия оснований у уголовного иска (как и основания правовой позиции стороны защиты) нельзя отождествлять с фактами. До суда сторона должна смотреть на свои доказательства как на «источники доказательств», то есть как возможные факты-2. Чтобы было наглядней, скажем, что, например, в обвинительном заключении приводятся сведения, которые подтверждают выводы стороны обвинения. Однако сами эти доказательства – свидетели, документы, предметы находятся не в обвинительном заключении, в нем есть только ссылка на существование источников, из которых предположительно эти сведения могут быть получены и исследованы в суде. И совсем не обязательно, что из источников получатся факты-2 – подтверждающие предмет уголовного иска факты. Не исключено, что в ходе судебного следствия выявится несоответствие факта-2 реальным показаниям свидетеля или интерпретации информации, содержащейся, по мнению следователя, в вещественном доказательстве, документе, интерпретации, которую дадут ему иные участники.

Факт-2, на который содержится ссылка в обвинительном заключении (уголовном иске), это уже есть смысл, получивший относительно самостоятельное существование по отношению к ис-

точнику, из которого он был получен, то есть он стал фактом для всех участников доказывания.

Таким образом, факт-2, как основание уголовного иска, должен найти подтверждение в ходе состязательного судебного исследования доказательств источников, сведений об обстоятельствах предположительно имевшего место события преступления.

Основания уголовного иска – это юридические факты, которые подтверждают наличие у субъекта материальных полномочий на предъявление уголовного иска.

Основания уголовного иска – это факты-2, элемент позиции стороны обвинения, сформированной в окончательном виде на предварительных слушаниях или при окончании предварительного следствия. Когда она будет актуализирована деятельностью обвинителя по представлению своей позиции суду в стадии судебного разбирательства: через оглашение обвинения, приведение своих доказательств, исследование их таким образом, что факты будут удостоверены, подтверждены в судебном следствии и зафиксированы в протоколе судебного заседания, когда доводы стороны будут приняты, а доводы противника отвергнуты, тогда факты-2 станут фактами-3, то есть теми данными, которые суд положит в основание обвинительного приговора. В свою очередь обвинительный приговор, вступивший в законную силу, образует основания для уголовной ответственности, которая и будет реализовываться с этого момента в отношении осужденного.

Под материальной предпосылкой удовлетворения уголовного иска и соответственно вынесения обвинительного приговора надо понимать не само преступление (факт-1), а юридический факт «состав преступления», получивший процессуальную форму предмета уголовного иска и доказанный в ходе судебного разбирательства обвинителем.

По нашему мнению, формирование оснований уголовной ответственности это по сути есть доказывание оснований уголовного иска и материальных предпосылок вынесения приговора.

Решающим моментом для образования факта-3 является событие столкновения позиций, доводов сторон в суде, выбор судом

из конкурирующих интерпретаций той, которая представляется ему правильной. Это событие может включать себя в качестве микрособытий акты представления и исследования источников доказательств при проведении следственных действий (перекрестный допрос, опознание, осмотр местности и пр.).

В нашем понимании «предпосылки обвинительного приговора» содержатся в окончательном суждении аргументации обвинителя, если это суждение состоит в констатации основания уголовной ответственности. Тезис о применении наказания к виновнику преступления есть, можно сказать, конечное звено в цепи умозаключений, в которых используются факты.

Основания приговора, которые приводятся в описательно-мотивировочной части приговора – это есть результат согласия судьи с доводами обвинителя и снятие с них сослагательного наклонения. Суждение, по мнению обвинения, виновен и подлежит наказанию. Превращается в безусловное – виновен подлежит наказанию.

Истина – это другое название (психоатрибутивное) основания процессуального решения. Цель доказывания – установление отсутствия или наличия оснований для принятия процессуального решения. Любой процесс заканчивается принятием процессуального решения. Этот конец можно трактовать как цель только при том условии, когда достигается желаемый для общества и личности результат. Если результат достигнут, если решением удовлетворяются потребности общества и личности, значит, доказывание достигло своей цели, если не абсолютной истины, то такого знания, с которым согласились заинтресованные в деле лица. Истинным будет считаться то доказывание, которое обеспечивает принятие правильного решения по делу.

Становится очевидным то, какой должна быть структура процесса. Досудебное производство – это деятельность по подготовке оснований уголовного иска стороной обвинения (но также и деятельность стороны защиты по подготовке возражений против него). Эта досудебная деятельность по собиранию доказательств, подготовки их к представлению и исследованию (закрепление,

по-другому говоря) должна быть максимально деформализована, а в идеале не носить процессуальный характер. Судопроизводство начинается с момента предъявления уголовного иска – предания обвиняемого суду, тогда же следует ставить вопрос о наличии доказательств-фактов. То, что сторона представляет суду в качестве средства доказывания своей правовой позиции, и есть доказательство, доказательственный факт.

Как правильно писал А.С. Александров, через «уголовный иск» подводится основание под концепцию «свободного доказывания» в уголовном процессе¹. Каждая из сторон вольна в собирании своих доказательств и распоряжении ими так, как это сообразуется с ее процессуальными интересами.

Естественен вывод – процесс раскрытия преступления, получение сведений об обстоятельствах совершения преступления стороной обвинения в лице следователя, дознавателя, оперативного сотрудника должен быть деформализован. Не должно быть формальных препятствий для получения относимых, достоверных сведений о преступлении. Система правил, определяющих допустимость доказательств, должна быть пересмотрена в сторону их а) сокращения, б) акцентирования на судебную форму удостоверения, в) обеспечения прав личности, г) ликвидации юридического различия между данными, полученными в результате ОРД, данными, полученными стороной защиты, и данными, полученными органами следствия, дознания.

Проблема легализации в уголовном процессе данных, добытых оперативно-разыскным путем, видится не в контексте статьи, а контексте тезиса о свободе доказывания. На наш взгляд, применительно к современному уголовному судопроизводству необходимо говорить о легализации – через представление судебному органу всех данных, добытых органами уголовного преследования во время досудебного производства по делу. По большому счету все данные, добытые сторонами во время досудебного производства, подлежат взаимной проверке и оценке в судебном за-

¹ См.: Александров А.С. Понятие и сущность уголовного. – С. 40.

седании. Так что в определенном смысле легализуются через судебный порядок представления и исследования все доказательств-факты, собранные сторонами до суда.

Пора прекращать схоластические споры относительно пределов и форм пресловутой легализации. Следует не то, чтобы расширить возможности для использования любой информации, имеющей отношение к выяснению истины по делу и способной установить какие-либо факты, позволяющие суду принять правильное решение по существу спорных вопросов, но вообще снять юридические перегородки между оперативно-разыскной деятельностью и уголовно-процессуальной деятельностью государственных органов уголовного преследования¹.

Состояние правосознания и социально-экономические условия, на наш взгляд, позволяют снять ограничения, которые были оправданными в условиях одностороннего, следственного способа доказывания, который был при авторитарном построении государственного механизма и патерналистском характере отношений между публичной властью и обществом, индивидуумом.

Мы ставим вопрос о необходимости упрощения и деформализации доказательственного права России с тем, чтобы привести его в соответствие с реальностью, сложившейся в экономике, в сфере информационных технологий. Следователь, вооруженный протоколом и шариковой ручкой, становится (уже стал) анахронизмом в XXI веке. При этом мы вполне понимаем, что ситуация, сложившаяся в уголовном процессе по данному вопросу, не может быть взята изолированной от более широкого контекста со-

¹ Бывшие советские республики показывают пример нам в этом отношении.

См.: *Домбровский Р.Г.* Соотношение уголовно-процессуальной и оперативно-разыскной деятельности // *Вестник криминалистики* / Отв. ред. А.Г. Филипов. – М., 2002. – Вып. 1 (3). – С. 34–38.

Наша модель права давно не стала для них сколько-нибудь значимым примером.

Можно констатировать и утрату нами интеллектуальных позиций в процессуальной науке на постсоветском пространстве, способности оказывать какое-то влияние на интеллектуалов в сопредельных странах. Это признак кризиса нашей правовой культуры.

стояния государственного управления. Президент РФ Д.А. Медведев на заседании Совета по развитию информационного общества отметил деградацию России по индексу готовности к электронному правительству. «Это говорит о том, что никакого электронного правительства у нас нет. Все это химера»¹. Документооборот ведется у нас на бумаге, и кажется законодатель исходит из того, что в обозримом будущем бумажный протокол останется главным носителем доказательственной информации. Повторим вслед за президентом – это химера. Но чтобы перевести доказательственный процесс в бездокументарную форму, надо пересмотреть определение доказательства. А на пути этого в свою очередь стоит устаревшая система понятий отечественной уголовно-процессуальной науки. Современная теория доказательств, стало быть, является не иначе как тормозом для развития страны.

Мы считаем, что одновременно с расширением состязательности должна происходить отмена ряда правил:

1) протоколирование как основной способ фиксации и удостоверения данных, полученных органами предварительного расследования;

2) участие понятых;

3) запрет на использование данных, полученных оперативно-разыскным путем;

4) допущение судебных процедур получения доказательств по делу в ходе предварительного производства по уголовному делу;

5) переход к бездокументарному способу накопления сторонами информации и передачи этой информации (суду), не протокол следственного действия, а любой носитель информации должен быть допуском в качестве доказательства.

Получение участниками процесса доказательств (в смысле «источников доказательств», их внешней оболочки) нужно допустить любыми способами, которые не входили бы в сферу личности, другую охраняемую законом тайну. Когда, где и поскольку агент обвинительной власти получает сведения, раскры-

¹ Российская газета. – 2009. – № 25 (4849). – 13 февраля.

вающее преступление, изобличающее обвиняемого, не вторгаясь в права личности, тогда, там и постольку он может сделать это посредством наблюдения, опроса, эксперимента и зафиксировать любым средством. При этом сведения, лично воспринятые посредством органов чувств, могут быть представлены им юрисдикционному органу посредством своих показаний либо представлены иным образом.

Объяснение правовой природы оснований обвинения, разработка оптимальных форм, в которых обвинителям надлежит получать доказательства в пользу иска, должны строиться на признании незыблемости конституционного положения о приоритете прав и свобод человека и гражданина и эффективного сдерживания, контроля преступности.

§ 3. Аргументация

Пока я говорю, я прав.

Мирабо

Как уже говорилось, в число значений термина «доказывание», используемых в уголовно-процессуальной науке, входит обоснование субъектом доказывания своей позиции, обоснование органом, ведущим уголовное дело, своих процессуальных решений и, наконец, собственно, аргументация, осуществляемая субъектами доказывания в судебном заседании. Поскольку рассмотрение традиционно понимаемой в нашей науке проблематики «обоснования» (процессуальных решений) не входит в наши планы, постольку именно на судебную аргументацию мы обратим особое внимание. На наш взгляд, это оправдано еще и тем, что с античных времен именно с аргументацией связывали понятие «доказывание» и проблематику познания, доказывания истины по делу. Сильная аргументация – путь к установлению истины. «Недостаточно, чтобы слушатели понимали речь оратора; надо, что-

бы она подчинила их себе. На пути к этой конечной цели лежат три задачи: пленить, доказать, убедить»¹.

Так, В. Твининг пишет: «Серьезное изучение аргументации по отношению к спорным фактам важно, поскольку ее значение в интеллектуальном плане является таким же определяющим, как и при решении спорных вопросов толкования закона»². Отечественные авторы также в определенной мере начинают осознавать самостоятельное знание аргументации (по отношению к доказыванию). Если доказательства – это сведения (информация) о спорных фактах, то аргументация – это сведения (информация) субъекта доказывания (в его понимании) о правовой позиции собственной и противоположного субъекта доказывания. Все эти элементы в своей совокупности и взаимосвязи образуют внутреннюю, наиболее важную, сущность понятия процессуального доказывания. Это центральные составляющие внутренней стороны процессуального доказывания³.

В рамках настоящего параграфа мы рассмотрим три блока вопросов. Первый из них касается подведения итогов всего сказанного ранее о доказывании и средствах доказывания, используемых в уголовном процессе, – в свете важнейших положений теории аргументации и проблематики обеспечения истинности, справедливости судебного решения по делу. Второй блок вопросов будет связан с выяснением стратегической, но также и технической стороны судебной аргументации в уголовном суде. Третий блок – с определением специфики аргументации на отдельных стадиях и этапах производства по уголовному делу.

В.П. Малахов определяет аргументацию как «интеллектуально-речевую процедуру, которая служит поиску и предъявлению оснований некоторой точки зрения с целью ее понимания и (или) принятия». Он выделяет в аргументации два плана: 1) в логическом плане аргументация выступает как процедура отыскания

¹ *Сергеич П.* Искусство речи на суде. – С. 48.

² *Twining W.* Theories of Evidence: Bentham and Wigmore. – P. 3.

³ См.: *Новицкий В.А.* Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 62.

для некоторого исходного положения опоры в других положениях и выражениях этих положений в определенной форме; 2) в коммуникативном плане аргументация есть процесс передачи, истолкования и внушения информации, зафиксированной в исходном положении. Конечная цель этого процесса – формирование некоторого убеждения¹.

То же самое утверждается в теории риторики: публичная ораторская речь произносится перед аудиторией, часть этой аудитории – противники в суде или активные участники собрания должны отвечать репликой на реплику, а другая часть аудитории является просто слушателями или зрителями, слушающими спор или по обязанности, если это судьи, или из интереса к аргументам сторон. Поэтому судебная речь имеет два рода получателей одновременно; активно-пассивных получателей и пассивных получателей. Этот вид диалога – диалог, разделяющий аудиторию по правилу².

Как пишет В.А. Новицкий, аргументация субъекта направлена на трансформирование существующего состояния установок правоприменителя, а в отдельных случаях – и процессуального противника³. Установка же трактуется им как состояние внутренней готовности (настроенности) людей на специфическое для них проявление чувств, интеллектуально-познавательной и волевой активности, динамики и характера общения, предметно-практической деятельности⁴.

В теории аргументации признано различать риторический (лингвистический), коммуникативно-прагматический и рациональный (основанный на доводах разума) подходы⁵. В нашей юри-

¹ См.: Малахов В.П. Логика для юристов. Академический проект. – М.; Екатеринбург, 2002. – С. 226.

² См.: Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 305.

³ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 230.

⁴ См. там же.

⁵ См.: Герасимова И.А. Искусство убеждения в традициях логической науки / И.А. Герасимова, М.М. Новоселов // Мысль и искусство аргументации. – М., 2003. – С. 10.

дической литературе обычно имеется в виду только последний вид аргументации. Но это очевидное обеднение понятия аргументации. Мы считаем, что при анализе судебной аргументации должны сочетаться все эти три подхода. «Аргументация – это также средство прояснения истины не в строго логической системе, а скорее в контексте самой практики теоретических или иных рассуждений. Практически оказывается вполне достаточным, чтобы положение было включено в некоторый принятый ценностно-смысловой контекст неоспоримых очевидностей»¹.

Аргументация относится к числу коммуникативных процессов, то есть она связана с передачей своего убеждения другому человеку, аудитории. Аргументация является формой организации некоторого знания, однако эта организация не ограничивается логической последовательностью умозаключений. В аргументации помимо логической структуры в гораздо большей степени задействован механизм понимания, который издревле был предметом риторики. По словам Р. Оливера, «логика становится аргументацией, когда ей требуется уточнять те отношения, в которых нужно убеждать конкретных слушателей»².

Использование фактов, выстраивание цепи доводов – это есть доказывание, логическое или диалектическое. Но как было сказано, довод это смысловая конструкция, предложенная в речевой форме определенной аудитории: «любое аргументированное доказательство нуждается в слушателях»³, поэтому анализ аргументации включает в себя анализ аргументационной ситуации, элементами которой является как правовые, так психоречевые и прочие факторы, которые в совокупности влияют на принятие решения судьей.

Мы исходим из того, что довод – это основанное на фактах суждение лица, посредством которого оратор на суде аргументи-

¹ Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 121.

² Цит. по: Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 121.

³ Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 208.

рует справедливость, обоснованность, законность своих правопритязаний или утверждений. Довод может трактоваться и как судебное доказательство, речевое, индуктивное средство убеждения. Довод – проинтерпретированное субъектом доказывания исходное данное, это факт-2, приведенный в боевое состояние – средства процессуальной борьбы за свои процессуальные интересы. Это версия субъекта о положении вещей, обоснованная ссылкой на сообщение свидетеля, документ, предмет (то есть нетехническими доказательствами), выражающее его отношение к вопросу дела и воплощающее интерес в деле.

Факт, в нашей трактовке, это исходное данное, которое кладется в основу элементарного рассуждения – довода, а именно: «согласно показаниям свидетеля А. обвиняемый Б. находился в 20.00 возле памятника Горькому, значит, обвиняемый мог совершить инкриминируемое ему преступление». В свою очередь факт также можно считать суждением: свидетель А. сообщил достоверные сведения о местонахождении обвиняемого во время, когда было совершено преступление. Фактом является не показание свидетеля, не сведения, содержащиеся в показаниях – они образуют самостоятельную сущность под названием «источник доказательства» (это «вещь в себе»), а рассуждение: свидетель А. сообщает, что обвиняемый находился в означенное время в означенном месте, этому сообщению нет причин не доверять, поскольку обычно люди способны удостоверять факты (фактическая презумпция), значит обвиняемый вероятно *находился* в означенное время в означенном месте (данное суждение «раскрывает» вещь для нас).

Согласно мнению С.А. Щемерова, судебное доказательство может пониматься как факт, как сведение, как информация и как средство убеждения судьи. Основу судебного доказательства образует сведение. Данные, полученные обеими сторонами в ходе досудебного производства по уголовному делу, как в процессуальном порядке, так и в ходе оперативно-разыскной и адвокатской деятельности, могут быть представлены и исследованы в ходе устного судебного разбирательства и только после этого

стать основаниями судебных доказательств – аргументов. Статья 73 УПК РФ заставляет рассматривать доказательство в единстве «сведения» и «источника» его получения. Основание судебного доказательства может быть получено только из одного источника. Юристом представляется источник; исследуются и сам источник, и сведения из него¹. Как уже отмечалось, мы склонны употреблять термин «уголовно-процессуальное доказательство» в двух смыслах: как факт и как источник сведений, подтверждающих их существование. Мы считаем, что применительно к аргументации можно говорить только о фактах, то есть суждениях, идеях, проинтерпретированных сведениях, о том, что было. Факты – это то, что стало вещью для всех, источники доказательств (показания свидетелей, документы и пр.) – это «вещи в себе», ими нельзя аргументировать, но аргументация имеет место при работе с ними субъекта доказывания путем проведения следственных действий. Сам процесс извлечения сведения, представления его суду (все обстоятельства, сопровождающие этот процесс) есть акт аргументации, поскольку он убеждает в существовании факта. Выстраивание же собственно доводов и оперирование ими в прениях сторон завершает аргументацию.

Мы разделяем мнение о том, что существует феномен силы, убедительности «судебных доказательств»: одни доказательства оказывают большее убеждающее воздействие на аудиторию, другие – меньшее; одни доказательства порождают у судьи решимость принять соответствующее решение, другие – оставляют сомнения и неуверенность². По данным С.А. Щемерова, «сила» судебного доказательства зависит от следующих факторов: источник доказательств – 32,1%; содержание фактических данных – 86,8%; эффективность его представления стороной в суде –

¹ См.: Щемеров С.А. Участие прокурора в стадии судебного разбирательства уголовного процесса: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2007. – С. 18.

² См. об этом, например: Леднев А.А. Показания свидетеля как уголовно-процессуальное доказательство: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2006. – С. 14–15.

36,7%; искусство аргументации прокурора – 26,7%; доверие судьи к доказательству – 42%; неспособность противника вызвать недоверие к доказательству – 31,8%¹.

Пока аргументатор доказывает, доказательство, которое он использует, есть факт. Довод может опираться только на факт-2. Если в процессе представления доказательства у слушателей возникает сомнение или доказательством не удастся снять уже сложившееся предубеждение против позиции оратора, доказательство утрачивает свойство фактичности.

Уже древним риторам было известно, что на *силу свидетельского показания* влияет и то, как оно будет получено, то есть каков будет свидетель на допросе, как будет отвечать на вопросы и т. п. Сила показаний свидетеля, как средства убеждения судьи, состоит в искусстве ведения допрашивающим диалога с допрашиваемым, а также того диалога (как бы «внутреннего»), который допрашивающий ведет с судебной аудиторией. Говорят юрист и допрашиваемый, а слушает их суд. Слушает и убеждается в наличии или отсутствии фактов, верит в них, в достоверность сообщаемого. «Веря письменным доказательствам, судья верит себе, а веря свидетелям, другим верит»². Поэтому судебный юрист своими действиями должен или внушить доверие к свидетелю, или вызвать недоверие к свидетелю противника: поскольку всякий принимает показания (речь) другого в зависимости от того, как будет наперед расположен, то есть верить или не верить³.

Игнорировать сопровождающие мыслительный процесс речевые процессы и даже эксцессы было бы неправильным, а на практике это чревато провалом в аргументации, защите своей позиции. Напротив, надо найти место речевому, психическому аспектам в структуре аргументации, судебного доказывания. Своей задачей мы бы видели как раз рациональное объяснение значения указанных факторов в той деятельности, что называется *обоснова-*

¹ См.: *Щемеров С.А.* Участие прокурора в стадии судебного разбирательства уголовного процесса. – С. 182.

² *Квинтилиан М.Ф.* Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 2. – С. 335.

³ См. там же.

ние истины. Ведь как уже отмечалось, истину в суде мало установить, ее еще надо доказать. «Не всегда истина может быть очевидной сама по себе, а даже если она очевидна, не всегда способна затронуть аудиторию в той степени, в какой это необходимо»¹.

Аргументирование в суде представляет собой особый род изобретения речи, исходя из общих мест и представленных в ходе судебного следствия фактов (примеров). Аргументационная ситуация в суде является сложной конструкцией, включающей в себя: 1) аргументатора, 2) доказываемый им тезис, главный вопрос дела – цель доказывания, 3) средства доказывания – фактические данные и их источники (свидетели и пр.), 4) аргументы, 5) аудиторию, 6) оппонента и его дело и прочие элементы судебной ситуации. В свою очередь, каждый из этих элементов также имеет непростую структуру. При этом следует отметить тесную взаимосвязь, взаимообусловленность факторов судебной аргументационной ситуации².

Надо подчеркнуть, что в суде аргументация направлена не столько на изменение позиции противника, сколько на завоевание расположения судьи в свою пользу, побуждение его к принятию решения, удовлетворяющего требования стороны в деле. «Наименее часто встречаем спор для убеждения процессуального противника, поскольку разумный человек принимается спорить здесь лишь тогда, когда тезис таков, что в нем можно убедить противника»³. Причем у суда, а если брать шире – вообще у правоприменителя должны быть причины для того, чтобы согласиться с позицией, которую ему предлагает разделить аргументатор. На создание таких причин и направлено убеждение. «В ходе судебного процесса основным условием убеждающего воздействия доказывания субъекта является желание с помощью моделирования составить такую схему из аргументов и доказательств,

¹ Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмуратова и др. – С. 121.

² См.: Александров А.С. Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов. – С. 44.

³ Цит. по: Малахов В.П. Логика для юристов. – С. 246.

что взгляды субъекта доказывания будут расценены правоприменителем как правильные. Происходит формирование новых идей, воззрений, оценок у правоприменителя. В определенной степени это верно и для процессуального противника, так как убеждение влияет и на его правовую позицию»¹.

Аргументация – это приведение доводов с целью изменения позиции или убеждений другой стороны². Аргументированное рассуждение – это речь, предложенная аудитории и предназначенная для того, чтобы склонить аудиторию к определенной точке зрения. Аргументация стороны во время судебного разбирательства или иной судебной процедуры по разрешению правового спора судом направлена на формирование внутреннего убеждения судьи в пользу признания правоты своей позиции, своих требований. Аргументирование также можно определить как приведение доводов субъектом доказывания.

Субъект доказывания выступает как аргументатор на всех этапах рассмотрения того или иного спорного вопроса судом как независимым арбитром. Аргументация развертывается наиболее полно, конечно, в стадии судебного разбирательства, где субъект доказывания, сторона в деле, обращается непосредственно к суду с целью убедить его в правомерности своих правопритязаний – посредством доводов, кроме того, она имеет возможность показать суду надежность источников своих доказательств.

Неизбежно встает вопрос о природе судебной истины в связи с такими качествами судебной аргументации, как ее полемичность, направленность на судебную аудиторию (и как следствие – риторичность, психологичность). Наша позиция состоит в том, что целью аргументации является истина. Да, в суде необходимо добиваться убеждения аудитории, но это не отрицает необходимости достижения истины. По словам М.Т. Цицерона, «все искусство судебной речи заключается в том, чтобы доказать ис-

¹ Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 230.

² См.: Ивин А.А. Основы теории аргументации. – С. 6.

тинность того, что мы отстаиваем, расположить к себе судей и вызвать в них чувства, благоприятные для нашего дела»¹. На внушение уверенности в своей правоте правоприменителю обращал внимание Р. Гаррис². Однако классики не ставили под сомнение первоочередную важность установления истины по делу. М.Ф. Квинтилиан писал, что «дар слова дан не для попраania истины. Судебный оратор должен стремиться соблюдать прямодушие и честность. Но могут случиться обстоятельства, которые и честного человека, что кажется с первого взгляда несообразно, заставят при защите дела в суде скрыть иногда перед судьей истину и даже утверждать ложное. Если кто удивится таким словам, тот пусть рассудит, что большая часть деяний наших не столько сама по себе, сколько по намерениям нашим бывают честны или бесчестны. А еще, и самые правые судебные дела бывают подобны неправым. И невиновный подсудимый может иметь против себя вероятные доказательства: от чего происходит, что тем же способом защищать его надобно, как бы виновного. Ибо бесчисленное множество обстоятельств суть общи правым и неправым делам: свидетели, письма, подозрение, предрассудки. И не иначе утверждается и опровергается правдоподобие и сама истина. Значит, искусство обращения с доказательствами важно само по себе. Оратор должен знать уловки своего противника. Ложное и даже несправедливое изучается в иных случаях, чтобы научить и ложь, и несправедливость открывать, ибо тот вернее употребить может спасительное лекарство, кому известны вредные. Да, для справедливого дела не требуется дальних правил – поборник им истина. Но справедливость от сравнения с неправдою становится яснее – многое доказывается противоположностью»³.

Подобный (прагматический) подход к пониманию природы аргументации имеет много сторонников. Как заметил А. Мюллер,

¹ Цит. по: *Владимиров Л.Е. Advocatus miles.* – С. 162.

² См.: *Гаррис Р.* Школа адвокатуры. – С. 27.

³ *Квинтилиан М.Ф.* Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 2. – С. 346.

«поборник добродетели должен знать, откуда воспоследуют на нее посягательства, так же, как проводник учения Божиего немислим без умения обезвредить дьявольские козни». Поскольку вероятность того, что сторона защиты при отстаивании своих утверждений проявит односторонность, прокурору нужно уметь распознавать некорректные аргументы и уметь их парировать¹.

Есть точка зрения, исключающая возможность совмещения установления истины по делу и аргументации с целью убеждения. Так, А.С. Александров утверждает, что основным условием достижения судебной истины является правильное судоговорение, производство судебных фактов по правилам, установленным законом и здравым смыслом. Судебная речь производит истину. В суде мы не устанавливаем посредством языка истину относительно некоей реальности, но, скорее, применяемые речевые техники, приемы создают текстовую реальность. Мы можем всегда только предполагать степень ее соответствия объективной реальности. Практика судоговорения убеждает аудиторию в ее истинности, но это есть не что иное, как правдоподобие. Таким образом, в суде формируется знание, которое аудитория принимает за истинное в данное время в данном месте – в форме законного, обоснованного и справедливого приговора. Что было на самом деле? Участники судебного заседания знают об этом только то, что услышали. Они знают исключительно речевые факты. Даже в том случае, где имели чувственное восприятие предметов, представляемых в судебном заседании². Не «субъект доказывания» устанавливает истину преступления и наказания в деле посредством судебного дискурса, но язык права говорит субъектами доказывания на суде и создает самую возможность смысла, выдаваемого за истинный. Истина в суде может быть только такой, какой позволяет сделать ее судебная речь³.

¹ См.: *Шемеров С.А.* Участие прокурора в стадии судебного разбирательства уголовного процесса. – С. 23.

² См.: *Александров А.С.* Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов. – С. 89.

³ См. там же.

Источником подобных воззрений является софистика. Со времен античности публичная речь, в том числе судебная, считалась сферой, где мерилom истины является «общественное мнение». Здесь действует не строгое доказательство, а лишь фактор убеждения аудитории. Убеждение основывается не на «истине», а на правдоподобию: то, что правдоподобно – это просто то, что публика считает истинным. Платон указывал на то, что перед судебной речью, в отличие от ученой, философской, не ставится цель достижения чистой истины, истины научной. С этим перекликаются взгляды, согласно которым фактическая достоверность «есть только известное состояние нашего убеждения»¹. «Понятия же о правдоподобию могут быть весьма различны, смотря по состоянию наших знаний, опыта и тому подобных моментов»². Следует довольствоваться в судебных делах «неопределенно высокой степенью вероятности»³, «полагаться почти исключительно на предположительные доводы»⁴. В этих словах есть доля правды. Но не вся правда.

Мы разделяем мнение, что судебная истина, основываясь на вероятном знании, сама в свою очередь является вероятным знанием. В суде используются доказательства, но это доказательства, основанные на аксиомах и, следовательно, подлежащие формализации и точным взаимозависимостям, но исходящие из общих допущений, и, таким образом, они не могут быть более чем правдоподобными. Для нас принципиальным является то, что факт – это знание с наиболее возможной степенью вероятности о том, что было (вне неразумных сомнений). Это презумптивное положение основывается на доверии к источнику и методу получения данных. Система судебной аргументации разворачивается на основе предположения о вероятном и имеет своим предметом

¹ *Владимиров Л.Е.* Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. – С. 99.

² Там же. – С. 101.

³ *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 129–130.

⁴ *Ibid.* – P. 142.

вероятное знание. С помощью довода из одного вероятного суждения с большой степенью вероятности выводится другое вероятное суждение. И хотя целью доказывания является установление истины по делу, тем не менее, убеждать, аргументировать надо именно в силу того, что эта истина предстает как суждение, обусловленное вызывающими доверие данными об обстоятельствах дела. Конкуренция истин и систем аргументаций ставит перед судьей проблему выбора, кому можно более доверять. Чтобы минимизировать опасность необоснованного осуждения, и была введена презумпция невиновности обвиняемого, этому же, на наш взгляд, служит и стандарт отсутствия оснований для разумных сомнений. Тем не менее, возможность ошибки суда не исключена, поэтому вся система последующих контрольно-проверочных стадий призвана обеспечить своевременное и полное исправление допущенной ошибки. Значит, законодатель допускает, что правосудие ошибается. Значит, существует вероятность того, что доказывание не достигнет намеченной цели.

Все вышесказанное не опровергает главного, фундаментального положения концепции правосудия – истины. Смысл положения о том, что целью доказывания является истина, состоит в том, что истинной, справедливой должна быть процедура, правовой порядок, в которой субъектам создаются условия для достижения истины. В условиях демократии истина является достоянием каждого человека, а не только профессиональных судей. Понятие аргументации, на наш взгляд, в комплексном, синтетическом виде позволяет объяснить сложный процесс установления истины, где переплетены логическое и диалектическое доказывание, психические и речевые процессы, определяющие убеждение, которое, самое главное, представляет практику правосудия и сам приговор справедливой, разумной в глазах всего населения страны.

Механизм правового регулирования уголовного судопроизводства создает все необходимые условия для того, чтобы истина была установлена. Но этот механизм, естественно, не идеален. Объяснение этому одно – человеческое правосудие несовершенно. Законы создают оптимальные условия для выяснения истины,

но возможность, заложенная в законе, не всегда реализуется, в том числе и по причине несовершенства человеческой природы. Тем не менее, мы говорим, что идея истины в уголовно-процессуальное право и правосудие заложена. Субъектами доказывания должна быть проявлена воля, чтобы возможность была реализована. Воля к истине должна быть прежде всего у суда, но также и других участников процесса, от которых закон и профессиональная этика требуют стремиться к истине. Как отмечается в литературе, на стороне обвинения в лице прокурора лежит обязанность представить суду доказательства, полученные в ходе досудебного производства, которыми подтверждается обоснованность и законность обвинения. Сделано это должно быть в форме, исключая разумные, неустранимые сомнения у судьи (присяжного) в достоверности представленных доказательств виновности подсудимого. Убедительность доказательства обвинения складывается из множества составляющих: психолингвистического, эмоционального факторов; языка тела и т. д.¹

Истина доступна наиболее всего средствами состязательного процесса. Поэтому мы рассматриваем процесс установления фактов, приведения и опровержения доводов, доказывание оснований уголовного иска в контексте состязательного судопроизводства, через объяснение природы судебного доказательства (довода) и аргументации. Сравнительное освещение фактов, объяснение возможности выведения различных выводов из индуктивных доказательств наилучшим образом возможно в условиях состязательности. Состязательный порядок адекватен присущей человеческой природе манере выяснения спорных обстоятельств. Человеческий фактор, который несет в себе, наряду с великим стремлением к истине и справедливости, и пороки, это есть та поправка, которая составляет элемент неопределенности в исходе судебного спора. Как справедливо заметил М.Л. Якуб, «ушло в прошлое время, когда можно было категорически игнорировать че-

¹ Большое упрощение трактовать аргументацию как *просто* информацию. Аргументация имеет всегда ценностную основу (общая) и в то же время она всегда чья-то.

ловеческий фактор в судебной деятельности. Отношение к познанию истины, несомненно, узкое и ограничивается житейским созерцанием»¹.

И диалектика, и риторика имеют фундаментальное значение для процесса убеждения в контексте судебного разбирательства. В процессе судебного рассуждения от доказательства к гипотезе есть по существу диалектический метод. Однако для монопольного применения диалектического метода с целью установления истины по уголовному делу не хватает одного маленького условия: согласие всех участников процесса на установление истины. Между тем этого чаще всего и не бывает. Судебный процесс – это война, борьба за жизнь, честь, имущество. Он неизбежно порождает страсти, желание не только добиваться истины, но и лгать. Как отмечается в американских исследованиях, находимся ли мы в научном, академическом или юридическом сообществе, возвышаясь до идеала рационального спора, или только пытаемся, торгуясь, добиться желаемого в своей собственной семье, тот способ, которым мы осознаем, ведем и описываем споры, основывается на метафоре «спор – это война»².

В суде «понимание» в философском, герменевтическом смысле «раскрытия истины», «вслушивания и прочего» не всегда возможно. Не всегда имеется реальное согласие участников доказывания на совместное достижение истины. Достижение истины весьма часто бывает невыгодно одной из сторон. Иногда судебный спор ведется ради выигрыша дела. Как пишут А.С. Александров и А.Н. Стуликов, судебный дискурс – средство борьбы за достижение практических результатов. Взаимопонимание – скорее редкость, чем правило для уголовного судопроизводства³.

¹ Якуб М.Л. Выступление на научной дискуссии об истине в судопроизводстве // Вестник Московского университета. – Серия 8. – 1963. – № 4. – С. 41.

² См.: Лакофф Дж. Метафоры, которыми мы живем // Язык и моделирование социального взаимодействия / Дж. Лакофф, М. Джонсон; Переводы; Общ. ред. В.В. Петрова. – М., 1987. – С. 133.

³ См.: Александров А.С. Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов. – С. 97, 116.

В теории отмечается, что любая аргументация предполагает выбор. Существенной проблемой для субъекта доказывания является проблема выбора доводов¹. Субъекту доказывания, избирая активный характер своей деятельности в объективном мире, надо помнить: «Всякое действие индивида причинно обусловлено, но не всякое причинно обусловленное действие является необходимым»². На этот важный момент отношения к доказыванию, как к деятельности с возможностью выбора, обращает внимание В.А. Новицкий³. Об этом пишут и другие авторы. Аргументация предполагает выбор элементов и способов их представления. Для того, чтобы выявить актуальность, необходимо обратиться не только к форме, но и содержанию элемента информации. Использование данных для аргументации невозможно без их концептуальной организации, которая придает им смысл и делает их подходящими для спора. Аспектами этой организации являются способы, которые позволяют отличать аргументацию от обычного представления факта. Любая аргументация предполагает однозначность элементов, на которых она основана. Они должны пониматься одинаково вами и аудиторией и основываться на ваших общих знаниях⁴.

Аргументатору на всем протяжении своих выступлений перед судом, то есть в ходе всего процесса, а не только в своей заключительной речи, надо обеспечить диалоговый режим речевых действий. «Диалог, основанный на рациональном обосновании, называется аргументативным»⁵. Вместе с тем, система доводов, предлагаемых аудитории, должна быть понятна ей и отвечать интересам данной аудитории.

¹ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 229–230.

² Керимов Д.А. Философские проблемы права. – М., 1972. – С. 464.

³ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 327.

⁴ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 209–213.

⁵ Герасимова И.А. Искусство убеждения в традициях логической науки / И.А. Герасимова, М.М. Новоселов. – С. 10.

В теории аргументации отмечается, что аргументация предполагает выбор в пользу одной из точек зрения, предлагаемых интерпретаций. Она предполагает выбор конкурирующих доказательств, позиций и способов их представления. Выявление актуальности, а значит, значимости своей аргументации связано с выбором субъектом как элементов содержания информации, так и форм ее представления. «Сам выбор определенных данных с целью представления их аудитории свидетельствует об их важности и уместности в той или иной дискуссии. Подобный выбор обеспечивает актуальность фактов, что является главным элементом аргументации»¹. Как отмечает А.С. Александров, актуализация в глазах аудитории какой-либо информации, представляемой оратором, может придавать ей значение фактов². Суду надлежит сделать выбор между аргументами состязующихся сторон, вместо того, чтобы просто уступить истине единственной демонстрации (как в математике). Это качественный, иногда этический выбор между двумя конкурирующими версиями, каждая из которых подтверждается, по крайней мере, каким-то доказательством и потому предполагает преодоление «разумных сомнений».

Таким образом, мы приходим к выводу, о необходимости замкнуть цепь наших рассуждений о развитии и преобразованиях доказательства, факта – в контексте понятия доводов. А с другой стороны, мы сводим здесь линию рассуждений о понимании – доказывании в контексте *события* аргументации.

Очевидно, надо связывать довод с такой категорией, как событие, то есть где происходит столкновение, взаимодействие позиций сторон. Довод всегда там, где спор, где есть альтернатива, где стоит необходимость выбора. Довод всегда там, где оспариваются те или иные положения, претендующие на закрепление в качестве юридических фактов. Событие это и есть момент определения убедительности довода (момент истины); со-

¹ Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 209.

² См. там же. – С. 210.

гласие судьи с доводом означает превращение факта-2 в факт-3, а следовательно – в предпосылку для вынесения решения судом (вердикта)¹.

Событие, на наш взгляд, можно понимать в трех аспектах. Во-первых, событие можно понимать как совершившееся бытие факта (для суда). Событие – это и совместное бытие, сожитие факта в двух его ипостасях – умозрительной и речевой, одновременное и синтетическое событие. В-третьих, событие означает синтез двух (или даже более) позиций по поводу интерпретации факта-2 в контексте состязательного судопроизводства, событие как динамическое неустойчивое равновесие, касающееся понимания того, что произошло, как его истолковывать.

Во время судебного доказывания происходит преобразование фактов в доводы, которые в свою очередь наводят разум (психику) судьи / присяжного на признание доказанности доказываемых фактов (юридического факта). Полагаем, что в процессе аргументации (убеждения) доказательственный факт-2 проходит в своем становлении состояние довода, а затем превращается в факт-3. Сведения, которые участники «проговаривают», интерпретируют, наделяют новым смыслом, претерпевают трансформацию, насыщаясь новыми смыслами, но и теряя какие-то элементы смысла, под объективным воздействием языка², лингвистических обстоятельств судебной ситуации, включая субъективный фактор, связанный с сознательным воздействием противника.

Очевидно, уместно использовать понятие «кризис» для характеристики метаморфоз, которые переживают факты, предъявляе-

¹ Мы не будем затрагивать психологическую сторону формирования внутренне-го убеждения. Это было вполне успешно сделано нашими даровитыми предшественниками.

² Юридический язык предполагает свою лингвосистему и, следовательно, свой синтаксис (семантику, прагматику), предопределяющую возникновение, изменение, существование и ликвидацию смысловых связей, выявление смысла, смыслопроизводство. Юридическая форма в значительной степени предопределяет процесс и результат познания в суде. Порядок судебной речи и стандарты судебной истины взаимосвязаны.

мые сторонами в качестве доказательств. При столкновении с позицией противника и его усилиями по деконструкции доказательств факты-2 подвергаются испытанию на предмет их достоверности, убедительности. Не выдержав этого испытания, доказательство утрачивает статус факта. Пережив кризис, факты-2 становятся убедительными. Кризис губителен для слабых доказательств и слабого представления доказательств. Кризис необходим для становления факта-3 – как основания для вынесения приговора и его мотивировки.

В ходе «работы» с источниками, в которых содержится доказательственный материал (показания свидетеля, документ и пр.), доказательства становятся фактами-2. Перемещение источников доказательств в судебный контекст превращает факты-2 в аргументы, доводы спорящих сторон; нагружаются посредством состязательных судебных действий новыми значениями, расширяющими понимание фактов, их переинтерпретацию в контексте противостоящих позиций сторон. Мы говорим в этот период о доказательствах как фактах, потому что иначе доказывание не состоится¹.

«Смычка» цели доказывания, интереса стороны в деле, выраженных в обвинении (позиции стороны в деле), и того фактического материала, который есть в распоряжении стороны, структурирование его в смысле полемической заостренности – есть то «доведение» разума адресата довода до степени убежденности в правоте позиции аргументатора, то «доведение» факта-2 до нового качественного состояния в виде факта-3, который и подразумевается, на наш взгляд, под словом «довод».

¹ Допустим, прокурору или защитнику доказывать «любыми» сведениями свою позицию? Нет, конечно, каждый из них исходит из достоверности, фактичности своего доказательственного материала и это же мнение старается внушить суду. Доказывать нефактами нельзя.

Поэтому глубоко заблуждаются те авторы, которые продолжают настаивать на том, что доказательство – это любые сведения.

См.: Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. – М., 2009. – С. 296.

Довод это есть перевод факта-структуры (факта-2) в средство убеждения, в орудие воздействия на разум и психику судьи / присяжного. Довод это словесно-мыслительная структура, в которой происходит встраивание факта в аргументационную систему, которая называется позицией стороны в деле. Причем эта система строится в расчете на взаимодействие с другими субъектами доказывания, познания.

Довод – выведение из факта (фактов) основного факта или юридического факта. Доведение до сведения суда своего мнения (позиции) о фактическом состоянии дела происходит в речах сторон, но не только в речах, как официальных обращениях субъекта к суду, но и в ходе всех прочих форм речевого общения (следственных действиях, прежде всего), что имеют место в судебном заседании.

Превращение доказательственных фактов (фактов-2) в основания для построения аргументов происходит в процессе доказывания на всем протяжении судебного процесса. Судебным доказательство становится в ходе представления / исследования сторонами своих доказательств, приобретает законченный вид убеждения – аргумента, в котором имеется ссылка на доказательство стороны, и через связку с «общим местом» делается вывод о доказываемом факте, имеющем существенное значение для разрешения уголовно-правового спора. При этом надо подчеркнуть, что односторонность в доказательственном факте не снимается до тех пор, пока факт остается средством доказывания. Получив статус доказанного, факт превращается в основание для принятия решения компетентным государственным органом.

Аргументирование в суде стороной своего утверждения (тезиса), проведение стороной определенной позиции при рассмотрении дела – это есть предложение суду согласиться с предпосылками для требуемого решения.

Судебное доказывание заключается в приведении фактов-2 и выведении из них умозаключений, с истинностью которых аргументатор предлагает согласиться другим участникам. Вся система средств убеждения, связанная с речевой, психической сторо-

ной представления и исследования фактов, направлена на то, чтобы у судей / присяжных, как участников речевой коммуникации, сформировалось впечатление правдоподобия относительно смысла высказываний, интерпретации фактов.

Схема

ФАКТ (1)		
Предынтерпретация		
След Эмпирические данные	Предпосылки уголовного иска	Источник доказательств
Постинтерпретация		
Факт (2)	Основание уголовного иска	Досудебное доказательство
Перинтерпретация		
Факт (3)	Основание приговора	Довод

Факторы судебной обстановки, которые гарантируют достижение нового качественного уровня в преобразовании доказательства-факта, на наш взгляд, таковы:

1) непосредственное восприятие источников доказательств судьями, зависимость от произнесения речи. Это дает место для применения: больше повторений, аналогий и прочих риторических фигур, а также приемов эристики, софистики;

2) устность, а значит, психологизм при передаче доказательственной информации. Произнесение устных речей, коммуникация дают место для применения: больше повторений, аналогий и прочих риторических фигур, а также приемов эристики, софистики;

3) временность, сопровождающая концентрацию, сгущение смысла по поводу исследуемых материалов¹. Сюда включается большая скоротечность события и ограничение в отборе фактов и мыслей. Кроме того, однократность, неповторимость исполнения речи;

4) конкуренция позиций, конкуренция систем аргументации – возможность для выбора;

5) участие в доказывании суда, уполномоченного устанавливать доказываемые факты, признавать их существование на основе представленных и исследованных доказательств и принимать решение, истинность которого презюмируется законом.

На последнем моменте следует остановиться особо. Факты устанавливаются здесь и сейчас, без откладывания – в этом смысл события, происходящего в суде.

Правовая система строится на допущении того, что судьи / присяжные обладают способностью устанавливать юридические факты. Эта важнейшая правовая презумпция является общим местом, с помощью которого выводится обоснование судьями своих решений.

Суд обязан вынести решение по делу, и это решение должно быть мотивированным, обоснованным. Он должен привести причины, объясняющие, почему он признал не заслуживающими до-

¹ С.А. Щемеров указывает: «Вообще, судебная площадка есть то место, где происходит концентрация, сгущение юридического смысла, но здесь также достигает своего максимума и психоэмотивное напряжение, без которого процесс формирования внутреннего убеждения судьи трудно себе представить. Хотя, это бесспорно, не эмоции, но рациональное доказывание, использование логики, юридической аргументации особенно значимо. Стороны и особенно суд добиваются максимально возможной юридикализации сообщаемых сведений. В показаниях, получаемых от допрашиваемого на суде, можно добиваться той фактичности, которая укладывается под юридические формулы. Сила допроса проявляется в том, что показания, получаемые на нем, как бы сами ложатся в будущий приговор. Вся шелуха, все лишнее, неюридическое отпадает, остаются судебные, юридически значимые факты».

Щемеров С.А. Участие прокурора в стадии судебного разбирательства уголовного процесса. – С. 178.

верия одни доказательства и посчитал достоверными другие. Иными словами, выбор судом одной из возможных интерпретаций делает факт свободы оценки решающим в понимании события.

Каждое дело подвергает испытанию судебную систему в качестве завершенной системы, в рамках которой юридически значимые требования сторон должны быть разрешимы судебным решением как соответствующие или противоречащие закону. В условиях конкуренции аргументаций суд должен принять такое решение, которое обладало бы не только формальной правильностью, но было бы справедливым, аргументированным. Судья обязан разрешить уголовное дело; применить уголовный закон, когда это надлежит делать, на основании установленных в ходе состязания сторон судебных фактов в согласии с презумпциями, легальными и неправовыми.

Если предполагается, что суд способен вынести решение по уголовному делу, ему должна быть предоставлена определенная свобода усмотрения, при условии того, что употребление этой свободы является предметом контроля.

Судья, принимающий определенное решение по результатам выслушивания сторон в ходе судебного разбирательства, ведет себя не как машина, а как лицо, которое обладает способностью оценки, свободной, но не произвольной, то есть «обоснованной» оценки. Он делает это тем более вероятно, чем убедительнее, неотразимей для него (его внутреннего убеждения) были аргументы интерпретатора.

Не закон, а судья по своему внутреннему убеждению, совести, здравому смыслу определяет, какая аргументация является убедительной. Вера в конечном счете лежит в основании существования фактов.

Событие – это выбор судьи в условиях конкуренции аргументов сторон и кризиса цельного представления о механизме исследуемого события преступления. Судебная аргументация имеет назначением расширить, сделать компликативным видение прошедшего события, увидеть его под перекрестным освещением с нескольких сторон и тем самым выявить существо дела, выявить

реальные и мыслимые поводы для создания: установить справедливость в споре.

Как уже отмечалось, в нашем понимании «предпосылки обвинительного приговора» содержатся в окончательном суждении аргументации обвинителя, если это суждение состоит в констатации основания уголовной ответственности. Тезис о применении наказания к виновнику преступления есть, можно сказать, конечное звено в цепи умозаключений, в которых используются факты. Если же для судей (присяжных заседателей) более убедительными покажутся доводы защиты или сомнительность обвинения, слабость доводов обвинителя станет очевидной им при противопоставлении даже и с пассивной защитой, ввиду несостоявшегося опровержения презумпции невиновности обвиняемого, в свете здравого смысла, совести, то контрдоводы защиты или даже само только разумное сомнение в основательности обвинения составят предпосылки для оправдания в виде приговора, вердикта. Со своей аргументацией, излагаемой в описательно-мотивировочной части приговора, суд как бы обращается в вышестоящую инстанцию, но вместе с тем имеется в виду все здравомыслящие люди, способные принимать разумные решения на основе имеющихся в их распоряжении фактов.

Рассмотрим механизм аргументации. Вначале возьмем ее диалектическую основу: доказывание фактами по правилам логики. Конечно, аргументация неразрывно связана с психологией, коммуникацией, но, признавая эти моменты, мы должны указать, что основа аргументации – использование индуктивных методов выведения выводов из фактов, но также и оспаривания этих выводов.

Очевидно, что стратегия связана с концептуальной организацией позиции по делу и выработкой видения, перспективы относительно того, как надо себя вести, чтобы данная позиция была квалифицирована судом как соответствующая истине и справедливости. Искусство аргументации (основой которого, очевидно, можно считать стратегию) сводится к тому, чтобы донести смысл до сознания судьи и побудить его к адекватной оценке этого

смысла. По мнению В.А. Новицкого, в свете категории «стратегия» можно говорить о методах, типичных для процессуального доказывания субъекта. Наверное, можно согласиться с тем, что процесс аргументации протекает в следующем порядке: 1) выбор нормы закона; 2) подтверждение факта; 3) подтверждение действия закона в данном казусе. Возможно, выделить и иные фазы убеждающего влияния субъекта доказывания: постановочный ракурс рассмотрения проблемы; анализ проблемных моментов, поиск путей решения; убеждение противника, правоприменителя путем рассмотрения альтернативных решений, переубеждение; поэтапное рассмотрение вопросов¹.

Стратегия связывает цель и набор основных средств ее достижения. Достижение целей субъектом доказывания должно сопровождаться выработкой алгоритма действий (в том числе мыслительных операций), направленных на поиск и формулирование оптимальных решений для разрешения возникающих перед стороной проблем. Аргументатору важно определить, какие факторы положительно способны влиять на достижение целей обвинения, а какие могут оказать негативное воздействие. Далее ему необходимо наметить пути и средства, способные преобразовать отрицательные условия до полной их нейтрализации или, по крайней мере, уменьшения их отрицательного влияния. «Определить конечный желаемый результат с учетом поставленных целей обвинения, достижимых в ходе судебного разбирательства. К тому же, доказывая обвинение, прокурор должен подвергнуть анализу и доказать несостоятельность всех иных выдвигаемых в ходе производства по делу версий преступного события, кроме той, которая обосновывается обвинителем и является, по его мнению, единственно достоверной»².

Стратегия аргументации в условиях состязательности неизбежно связана с отстаиванием своей позиции и опровержением

¹ См.: *Щемеров С.А.* Участие прокурора в стадии судебного разбирательства уголовного процесса. – С. 180.

² Там же.

позиции противника. Предполагается, что через столкновение позиций выявляется истина. Методика аргументации предопределена структурой процесса, кто несет бремя доказывания с необходимостью, должен быть активен в доказывании своих требований к суду. Поэтому первооснова аргументации – усиление своей позиции. Метод отстаивания собственной правовой позиции заключается в выдвижении тезиса и предоставлении доказательств с дальнейшим их обоснованием. Метод эффективен в сочетании с другими методами доказывания, так как наиболее сопоставим. При использовании такого метода доводы и доказательства стороны обвинения должны быть в наивысшей степени истинны и убедительны.

Попытку рационализировать методы судебного доказывания предпринял Вигмор. Он говорил о рабочей схеме, что требуется для того, чтобы упорядочить сознание и выяснить в словах причины, почему полная масса доказательств убеждает или должна привести нас к данному заключению и почему наше заключение было бы или должно было быть различным или идентичным, если некоторая часть этой полной массы свидетельства была различна. «Мнение изменилось (*The mind is moved*); тогда разве мы не можем объяснить, почему это произошло? Если мы можем записать и решить математическое уравнение, почему мы не можем записать и решить умственное доказательное уравнение? Юрист находится в ситуации, похожей на ситуацию, в которой находится музыкант. Музыкант в своей работе чувствует, что определенные комбинации и последовательности тона являются удовлетворительными или неудовлетворительными. Почему он чувствует это? Ответ дан Наукой Гармонии. После изучения этого он изучает причины для его чувств. Ему позволяют составить и выполнить более разумно, и таким образом оказать желательные влияния более точно и конечно»¹.

Мы уже отмечали в параграфе «Довод», что потенциальный дефект *индуктивного доказательства* заложен в том, что факт,

¹ *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof. – P. 4.*

предлагаемый как *основание заключения*, оставляет возможность для одного или более других *объяснений* или *выводов*. Процесс выведения вывода из определенного доказательственного факта кладет начало процессу *объяснения оппонента*. Игнорирование возможности подобных процессов чревато фатальным исходом для аргументации. И тем не менее, если даже альтернативное объяснение факта для выведения другого вывода предложено, все еще остается чрезвычайно высокая степень вероятности для выведения первоначально предполагаемого вывода. Каждый доказательственный факт может быть подвергнут противником к проверке, чреватой переинтерпретацией. Каковы могут быть другие возможные выводы из уже допущенного факта, которые доступны для оппонента? Чаще всего оппонент, предлагает доказательственные данные, имеющие тенденцию доказать еще одно из *объяснений*. Объяснение, которое является сначала только возможностью, может стать фактом, то есть принято судом в качестве такового. Чем больше ценность (вероятие) *вывода* оппонента из предложенного им объяснения, тем меньше ценность вывода проponenta относительно *Probandum*.

Вигмор находит, что помимо приведения альтернативного объяснения у оппонента существует еще два других метода недопущения предложенного проponentом вывода. Всего, таким образом, могут быть три метода опровержения процесса:

(1) Оппонент может стремиться объяснить (по-другому) предложенный проponentом вывод.

(2) Оппонент может отрицать существование самого доказательственного факта.

(3) Оппонент может предложить некоторый новый и конкурирующий с первоначально предложенным проponentом доказательственный факт, который способен независимо опровергать *Probandum*.

Но ни в одном из последних двух случаев противник не использует какой-то новый логический принцип. В (2) он не оспаривает логическую ценность вывода проponenta, но отрицает его основание, то есть то, что доказательственный факт является

фактом; и таким образом с этой целью он становится в свою очередь проponentом своих данных, и предлагает выводы из новых доказательственных фактов, имеющих тенденцию опровергнуть первичный доказательственный факт проponentа. В (3) он ни объясняет силу вывода сторонника, ни оспаривает факт, на который он опирается; он предлагает новый факт, с выводом, указывающим непосредственно на *Probandum*, но отрицательно; он таким образом, в свою очередь, становится проponentом относительно того нового конкурирующего доказательственного факта; и тот же самый логический принцип применяется при оценке его нового предложенного вывода, который относился к первоначальному выводу проponentа¹.

Все способы действия процессуального противника сводимы к этим трем. В первом он выступает как оппонент по логической природе его аргумента. Во втором он – противник с противоречащей точки зрения, но это может потребовать, чтобы он стал в свою очередь проponentом или нового доказательственного факта, или нового доказательства. В третьем он становится сам сторонником нового аргумента, на который первоначальный сторонник может теперь напасть как противник. Первое происходит из самой природы доказательного использования исходного факта проponentа; другие два не являются прирожденными, и поэтому могут или не могут быть обращены против него.

Следовательно, Вигмор обнаружил, что все процессы деконструкции позиции противника подпадают под один из этих трех способов. Неважно, насколько объемна или сложна масса доказательств, процессы противника должны взять один или другой из этих трех форм. Становится возможным проанализировать массу доказательств и предложить ходы рациональной аргументации.

Он приходит к выводу, что каждый доказательственный факт или класс фактов могут призвать к четырем процессам и поднять четыре ряда вопросов, которые могут быть сгруппиро-

¹ См.: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* – P. 26.

ваны следующим образом: (Р) представление проponentом и (О) оппонентом¹.

(Р) Первый процесс, *Утверждение*, состоит в предложении факта, имеющего тенденцию *доказать* определенное заключение или сам *Probandum*. Этот процесс подлежит проверке, насколько вероятным является требуемое заключение по отношению к другим мыслимым интерпретациям данного факта. Этот процесс маркируется – РА.

(О) Второй процесс, *Объяснение*, состоит в *объяснении силы первоначального факта*, показывая существование и вероятность других гипотез; с этой целью другие факты, предоставляющие такие объяснения, исходят от противника. Этот процесс маркируется – ОЕ.

(О) Третий процесс, *Опровержение*, состоит в *отрицании первоначального доказательственного факта сторонника* как такового или свидетельским показанием, или другим доказательством; и таким образом (О) как проponent представляет нового свидетеля или обстоятельство. Этот процесс – ОД.

(О) Четвертый процесс, *Конкуренция*, состоит в приведении нового факта, основанного на вещественном доказательстве или личном, которое *конкурирующим выводом* имеет тенденцию *опровергать* *Probandum* проponentа. Этот процесс маркируется – ОР. Здесь противник сам становится в свою очередь проponentом, и факт, предлагаемый им, теперь открыт для тех же самых процессов, подобно описанным выше у первоначального проponentа, то есть: ОЕ, ОД и ОР.

Таковы формы доказательных процессов, доступных для каждого отдельного предлагаемого факта. Для каждого дополнительного нового факта эти процессы могут быть повторены, хотя они не могут фактически использоваться в каждом деле. Так же, как современная химия проанализировала пищевые процессы и обнаружила, что многообразные аспекты ежедневного меню приводимы к трем фундаментальным элементам белков,

¹ См.: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* – P. 27.

жиров и углеводов (к которому более новая наука добавила витамины), таким образом мы находим, что среди многообразных вариантов доказательства наши умственные процессы вслед за тем приводимы к четырем фундаментальным типам, постоянно повторяемым¹.

Далее Вигмор говорит о двух методах проверки надежности индуктивного заключения, цель их состоит в том, чтобы обеспечить справедливую вероятность для требуемой гипотезы, в сравнении и в соревновании с другими такими же возможными гипотезами. Главный вопрос для индуктивного вывода: «Какую уверенность мы можем получить относительно того, что выбранная альтернатива является наиболее правильной из всех мыслимых?» Логика обнаружила несколько зависимых методов или процессов исследования, которые могут быть рассмотрены как попытки ответить на этот вопрос. Обычно приводят пять, они сводимы в основном к двум – *Метод Соглашения* и *Метод Различия*. Иногда они могут и действительно используются для проверки судебного доказательства, где доказательственный факт состоит из более, чем одного простого факта.

(а) *Метод Соглашения*. Канон, который здесь применяем, может быть так сформулирован: «Любое обстоятельство, которое может быть исключено без отрицания самого явления, чье последствие разыскивается, или которое может отсутствовать несмотря на наличие этого явления, причинно не связано с ним». Из этого вытекает, что те обстоятельства, которые не устранены этим процессом, как предполагается, таким образом показывают, что имеют существенное отношение к данному явлению, чтобы быть доказанным эффектом его. «Что проявляется в следующем: Когда мы стремимся вывести, что наблюдаемые случаи *a*, то есть *a'*, *a''*, *a'''*, будучи всегда сопровождаемы *b*, доказывают, что *a* должна быть причиной *b*, мы можем избежать опасности игнорирования других причин, как истинного объяснения, если эти несколько случаев *a'*, *a''*, *a'''* имели место

¹ См.: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* – P. 27, 28.

тождественно в тех же самых обстоятельствах или условиях; тогда и только тогда, когда a , при совершенно тех же самых условиях, всегда сопровождается b , мы получаем право утверждать, что b – следствие a , а не некоторой другой причины. Этот зависимый тест – который является просто практической помощью окончательному или фундаментальному тесту – естественно будет самым доступным и полезным, где доказательственный факт состоит из нескольких предполагаемых подобных случаев¹.

(b) Метод Различия. Канон этого метода состоит в следующем: «Если случай, в котором явление при исследовании происходит, и случай, в котором оно не происходит, имеют одни и те же обстоятельства совместно, кроме одного, и это одно единственное проявляется только в первом; тогда это обстоятельство, по которому отличаются эти два случая, является эффектом или причиной, или обязательной частью причины этого явления». Вот в чем оно состоит: чтобы доказать что x есть причина b , фактом, что везде, где x присутствовал, обнаруживался эффект b , b' , b'' , и что везде, где бы x не было, различные эффекты c или d были установлены, различные случаи b , b' , b'' , c и d имеют самую высокую доказательственную ценность, если они были существенно подобны друг другу во всех отношениях, кроме присутствия x .

Говоря о возможных вариантах объяснения противником того, что другая гипотеза в равной степени или даже более вероятна, чем требуемая проponentом факта, Вигмор приводит такие:

а) *объяснение непоследовательными случаями*, то есть там, где суждение состоит в том, что a является причиной b , и доказательственный факт состоит в том, что в случаях a , a' , a'' обстоятельство b следует и обстоятельство a присутствовало, удобный способ аннулировать эффект этих случаев состоит в том, чтобы показать, что в четвертом случае a''' обстоятельство a присутствовало и все же обстоятельство b не последовало;

¹ См.: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* – P. 28, 29.

б) *объяснение несходством условий*, то есть там, где доказательственный факт пропонента допущен, существенное подобие условий в случаях, предлагаемых курсом противника, естественно предложено; то есть он может показать, что есть, по крайней мере, остаток из несходных условий, которые уменьшают доказательственную ценность, делая некоторую другую гипотезу возможной, если не одинаково вероятной;

с) *объяснение совокупными противоположными случаями*, то есть там, где суждение состоит в том, что a является причиной b , и доказательственный факт состоит в том, что в случаях a , a' и a'' обстоятельство b их сопровождало и обстоятельство a присутствовало, другой способ аннулировать эффект этих случаев состоит в том, чтобы показать, что в четвертом случае a''' обстоятельство b снова сопровождало и все же обстоятельство a не присутствовало.

Все перечисленные объяснения оппонента – только производные вариации от общего логического процесса, обусловленного природой индуктивного вывода: могут быть другие объяснения, то есть возможны выводы иные, чем предполагаемый *Probandum*, из факта, взятого за основание доказательства.

И наконец, о значении *укрепляющего (дополнительного) факта*. Это не новый логический процесс. Это – просто дополнение к первоначально представленному доказательству. Этот термин используется, например, когда свидетель был дискредитирован, в ходе перекрестного допроса его показания изменились не в пользу доказываемого вывода, тогда вызывается новый свидетель, призванный подтвердить объяснение факта. Термин «подтверждение» также используется, чтобы показать вспомогательные доказательственные факты, предлагаемые пропонентом к отрицательным объяснениям, которыми противник стремится ослабить вывод от какого-то доказательственного факта пропонента; и в этом аспекте «подтверждение» вовлекает (не новый логический процесс, но) новую стадию в представлении доказательства. Каждый факт, который перекрывает возможность зарождения недоверия к доказательству, то есть который предотвращает или опровергает возможную гипотезу дискредитации, является под-

тверждающим фактом. Варианты подтверждения являются столь же многочисленными, как варианты отрицания¹.

Вигмор делает следующее резюме². Всего, стало быть, может быть пять доказывающих процессов, применимых к любой части доказательства:

РА = утверждение проponentом факта, чтобы доказать probandum;

ОЕ = объяснение оппонентом других фактов, убирающих ценность этого вывода РА;

ОД = опровержение оппонентом доказательственного факта, на котором базируется вывод РА;

ОР = конкурирующий факт оппонента, представленный против probandum, без любой ссылки на вывод РА;

РС = подтверждающие факты проponentа, отрицающие объяснения ОЕ.

Нам нечего добавить к этому анализу схемы рациональной аргументации, признанной классической. Однако мы считаем, что аргументация включает в себя не только доказывание диалектическими доводами, но органически связана с другими процессами, протекающими в суде при представлении и исследовании *источников доказательств*. Различие между диалектическими и риторическими доказательствами значимы не только по отношению к существу способа доказывания, но также и относительно вынесения этических суждений. В этом состоит причина того, что риторические средства убеждения особо уместны при разрешении проблем, которые возникают в судебных спорах. Подчеркнем, что не вместо, а в дополнение, сверх диалектики – происходит влияние речи на психику слушателей. Поэтому стратегия аргументации несколько шире схемы рациональных методик укрепления своей позиции и опровержения противника.

Нами уже затрагивалась проблема структуры довода. Известно, что если логическое доказательство предполагает связи меж-

¹ См.: *Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof.* – P. 30.

² *Ibid.* – P. 31.

ду отдельными положениями и аргументом, по своему характеру строго необходимыми и всеобщими, то для аргументации этого не всегда достаточно, а требуется образование более конкретного семантического контекста. В процессе этого уточнения создается сюжетно-композиционная структура аргументации, функцией которой является обеспечение цельности и последовательности всего процесса убеждения. Иными словами, аргументация подразумевает под собой образование цельных повествовательных структур со своими сюжетно-композиционными закономерностями¹.

Всякая аргументация имеет логику, определяемую схемой коммуникативных отношений, в которой она происходит. Отсюда специфическая организация сюжета, которая, конечно, опирается на факты, однако в целом строится исходя из иных соображений, а именно из соображений достижения определенной цели. В другом контексте и при других обстоятельствах тот же факт может быть аргументом с большей убеждающей силой, но это будет совершенно иной сюжет, ориентированный на иные цели и связанный с иной ценностно-смысловой структурой².

Какие еще факторы (кроме «упрямости» самих фактов) определяют эффективность аргументации и соответственно как добиваться ее эффективности? На данный вопрос в криминалистике, уголовном процессе, а равно как и в других науках, неоднократно пытались ответить в разные времена многочисленные ученые и практические деятели.

Основные приемы судебной аргументации были известны уже в древности. Еще античной риторикой были разработаны в виде фигур мысли следующие стратегии аргументации:

1. Уничтожение позиции противника.
2. Уничтожение смысла предмета речи.
3. Уничтожение отношения к предмету речи.

¹ См. об этом § 3 главы 1 настоящей работы.

² См.: Доказательство и понимание / М.В. Попович, С.Б. Крымский, А.Т. Ишмурагова и др. – С. 123.

4. Поддержание контакта с аудиторией. В сущности средства судебной аргументации сводятся к реализации указанных фигур мысли.

По мнению А.С. Александра¹, основные стратегии могут быть выведены из указанных четырех основных фигур:

1. Дискредитация надежности свидетелей обвинения. Разрушение идеологической, нравственной основ позиции противной стороны. Принижение актуальности, значимости его речи и аргументов.

2. Оспаривание правовых основ позиции противника. Это включает в себя предложение иной юридической квалификации; другую интерпретацию закона, подлежащего применению; указание на наличие противоречий в утверждениях другой стороны.

3. Оспаривание допустимости доказательств, представленных другой стороной².

4. Поиски сочувствия у аудитории к «своей» позиции, к личности тех, кто выступает в качестве стороны. Обращение к эмоциям и чувствам присяжных³.

Это, скажем так, нетрадиционный взгляд на стратегические проблемы доказывания-аргументации в суде. Мы вынуждены обратиться, таким образом, к кругу вопросов, связанных с психологией, прагматикой речи, то есть всем тем, что в старину составляли предмет риторики. Вопросам стратегии ведения дела, доказывания и прочим «стратегическим вопросам» посвящена обширная современная литература (в основном криминалистическая), обзор которой сделан в работе А.Л. Зашляпина⁴.

¹ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 204–205.

² Прилагаются усилия на то, чтобы вызвать у суда обоснованные сомнения относительно законности источников, субъектов и способов ее получения, фиксации, хранения и последующего представления. Исключение на этом основании из судебного разбирательства доказательств ведет к разрушению «дела» стороны в целом.

³ В качестве основного приема приводится тот, когда защитник персонифицирует своих собственных клиентов и деперсонализирует своих оппонентов. Персонализация призвана вызывать симпатию и сожаление со стороны присяжных и судей через придание «человеческого» образа их клиенту.

⁴ См.: Зашляпин Л.А. Основные компоненты теории адвокатского мастерства в уголовном судопроизводстве. – С. 442–465.

Стратегия, по мнению современных российских ученых, воплощается в определении главных целей деятельности при ведении дела в уголовном судопроизводстве, линии осуществления деятельности (воплощение цели в результат), обуславливающей тактические задачи ведения дела¹.

В принципе видение стратегии, тактики применительно к доказательственной деятельности примерно такое же у специалистов и других отраслей знания. В теории аргументации об этом говорится так: «Техника, метод и тактика, вообще говоря, существенно различаются. Техника обеспечивает аргументированность. Тактикой называется «искусство выдвигать» аргументы. Техника – логическое применение аргументов, тактика – психологическое. Выбирая метод, я спрашиваю себя: какие вообще имеются возможности для аргументирования? Избирая тактику, я выясняю, какие из методов пригодны в данном конкретном случае?»².

О стратегии можно сказать еще и следующее: она может включать в себя систему контрмер, предпринимаемых в отношении процессуального противника. При этом аргументирующий субъект должен исходить из того, что противник может использовать разные речевые техники, предназначенные для воздействия на разум и на чувства судей. В том числе относящиеся к набору средств «нечестной игры», входящих в ассортимент софистики и эристики. Стратегия должна учитывать этот момент и выстраиваться таким образом, чтобы достижению истины по делу не помешали никакие препятствия искусственного характера.

Стратегию аргументации (доказывания) также можно охарактеризовать как генеральную программу деятельности стороны по уголовному делу, включающую как досудебное производство, так и рассмотрение (пересмотр) уголовного дела в судебных стадиях. Стратегия аргументации может включать и рациональный, и нравственный, и прагматический аспекты, то есть она может

¹ См.: *Защляпин Л.А.* Основные компоненты теории адвокатского мастерства в уголовном судопроизводстве. – С. 454.

² *Леммерман Х.* Уроки риторики. – С. 285.

быть детерминирована позицией стороны в деле и направлена как на достижение истины, так и защиту своего интереса, признаваемого законом, доминирование в споре. Стратегией доказывания обвинения можно считать доказывание обвинителем оснований и предмета уголовного иска. Стратегия доказывания не может входить в разрез с идеологией законодательства. Стратегии определяют замысел юриста на достижение его главной цели в судебном состязании путем использования находящихся в его распоряжении пригодных средств. В конечном счете стратегия должна быть направлена на эффективное выполнение процессуальной функции, что бывает сопряжено с получением достоверного знания об обстоятельствах дела и принятием на этой основе судом правильного решения.

Рациональное аргументирование – основа. К уже сказанному по ее поводу добавим еще следующее. Главным методом является метод демонстрации логической связи тезиса и аргумента. Формы демонстрации заключены в способах дедукции, индукции и аналогии. Такие методы, как выбор аргументов, отказ от использования определенной техники, попытки представить аргументы различными способами, композиции доводов уже рассматривались нами. Укажем, что в качестве способов аргументации используют еще аналогию. *Аналогия* является эффективным способом сделать доказательство понятным для судебной аудитории, малоискушенной в проблемах логики спора. Но важно помнить, что рассуждение по аналогии генерирует новое знание, о достоверности которого можно говорить лишь с определенной долей вероятности¹. Можно повысить вероятность суждения по аналогии и, следовательно, сделать его убедительней. В этом помогают различные приемы, описанные в теории. Еще один метод актуализации аргументации – *дилемма*. Суть этого приема заключается в том, чтобы поставить перед оппонентом вопрос ребром – с тем, чтобы добиться ясности,

¹ Однако указание на вероятность делаемого вывода с помощью слов «вероятно», «по-видимому» и прочих дается в полемике не всегда, на что надо обращать внимание суда, если подобное исходит от противной стороны.

или для того, чтобы убедить судей и публику в какой-то мысли. К дилемме можно прибегать в том случае, если в речи оппонента имеются противоречивые высказывания, логические неувязки. Этот полемический прием может быть и строго логическим, и манипулятивным. С его помощью можно навязывать судебной аудитории определенное мнение.

Метод извлечения выводов – это движение от частных выводов к общим, с рядом вопросов уточняющего характера. Метод сориентирован на вовлечение судьи в цепь своих рассуждений и выводов. Метод «за и против» обосновывается аргументами и доказательствами, больше достоинств, чем недостатков, выгод или убытков и т. д. Синтез двух методов – опровержения и отстаивания собственной правовой позиции заключается в том, что высказанные доводы, в обрамлении подтверждающих их доказательств, опровергаются процессуальным противником. Как отмечает Р. Гаррис, «очередь за вашей аргументацией и доводы ваши сохранят интерес новизны...», и противник становится лишен возможности обратить ваше соображение против вас, подогнать свою аргументацию¹.

Метод вопросов и ответов построен на убеждении посредством подтверждения собственных доводов и (или) опровержения доводов противника с помощью получения ответов на собственные вопросы. В ходе судебного разбирательства редко когда юрист может задавать вопросы напрямую процессуальному противнику, чаще он делает это, обращаясь с вопросами к свидетелям противника во время следственных действий, воздействуя таким образом на средства доказывания. Как справедливо отмечается в литературе, правильность вопроса и часто истинность ответа зависят от логически правильной постановки вопроса. Правильная постановка вопроса, естественно, не гарантирует истинности ответа, но ошибочная постановка вопроса затрудняет, а иногда и исключает истинные ответы². Другими словами, во-

¹ См.: Гаррис Р. Школа адвокатуры. – С. 27.

² См.: Кнапп В. Логика в правовом сознании / В. Кнапп, А. Герлох. – М., 1987. – С. 246–247.

просно-ответный метод есть проявление диалектики, точнее сама ее суть. «Ключ» к построению логики вопросов заключается в той идее, что «вопрос является требованием информации. Спрашивающий просит обеспечить его некоторой информацией, для того чтобы иметь знание о некотором предмете»¹.

Ряд современных ученых полагает, что стороны в процессе доказывания выражают две позиции и делают это путем контролирования того, что представляется в суде. Надо, чтобы они были вправе спрашивать о том, что они действительно хотят узнать, независимо от согласия другой стороны с фактами, поддерживающими позицию противоположной стороны². Вообще надо сказать, что процедура, определяющая постановку вопросов, их форму, обязанность отвечать на них и прочее, то есть вопросно-ответная техника, составляет основу исследования доказательств, но также и представления доказательств. Принимая во внимание известный момент преувеличения, надо учитывать, что вопросы на суде имеют фактообразующее значение³, а значит, и тактическое.

Другие методы, с которыми он выступает в связке, многообразны, все они так или иначе направлены на повышение доверия судей к аргументам, позиции стороны. О некоторых методах такого рода мы уже упоминали. Скажем, предложить определенный выбор (и даже подтолкнуть к нему), усилить актуальность или достичь единения с аудиторией. В теории аргументации особо отмечается, что метод *выбора, актуальности, единения с аудиторией* относится к эффекту, который они могут производить и при презентации фактов, навязать или предложить определен-

¹ Цит. по: Сорина Г.В. Искусство аргументации через призму вопросно-ответных процедур // Мысль и искусство аргументации. – М., 2003. – С. 91.

² См.: Бернам У. Судебная адвокатура / У. Бернам, И.В. Решетникова, А.Д. Прошляков. – СПб., 1996. – С. 133; Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 357; Александров А. Наводящие вопросы / А. Александров, С. Белов // Законность. – 2002. – № 2. – С. 41; Александров А.С. Перекрестный допрос в суде / А.С. Александров, С.П. Гришин. – С. 281 и след.

³ См.: Александров А.С. Перекрестный допрос в суде / А.С. Александров, С.П. Гришин. – С. 281.

ный выбор, усилить актуальность или достичь единения с аудиторией. «Когда слушатели и оратор достигают взаимного понимания в уважении или восхищении восхваляемыми ценностями, это очень редко воспринимается как прием. Впрочем, это не касается тех, кто не разделяет данные ценности. Наши слова будут восприниматься как довод теми, кто разделяет с нами определенные ценности, и будут только словами, кажущимися маловажными, для тех, кто не считает их своими ценностями»¹.

Аргументатору обязательно надо иметь в виду и нравственный аспект, о котором достаточно много пишут², хотя только А.С. Александров и С.П. Гришин поставили вопрос о нравственности в разрезе аргументации. «Юрист, ведущий перекрестный допрос, никогда не должен забывать, что он убеждает аудиторию. Он должен нравиться аудитории, и аудитория должна сочувствовать тем действиям, которые он совершает. Такое бывает, когда в суде аудиторию и юриста, ведущего перекрестный допрос, объединяют общие представления о справедливости, истине, добре... быть (или казаться) в суде нравственным юристу выгодно³ – этим он возвышает свою позицию и приближается к успеху»³.

Чувство высокой нравственной ответственности за установление объективной истины, справедливости укажет верный подход к ведению дела в целом и при совершении отдельных действий. Правильно замечание В.В. Мельника о том, что «совесть – нравственная основа человеческого фактора состязательного уголовного процесса»⁴. Совесть выполняет в процессе судебного доказывания две основные взаимосвязанные функции, способствующие активной жизненной позиции государственного обвинителя,

¹ Цит. по: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 196.

² См., например: Москалькова Т.Н. Этика уголовно-процессуального доказывания. – М., 1996. – С. 54.

³ Александров А.С. Перекрестный допрос в суде / А.С. Александров, С.П. Гришин. – С. 198.

⁴ Мельник В.В. Искусство доказывания в состязательном уголовном процессе. – М., 2000. – С. 125.

сознательному выполнению им своего служебного и гражданского долга:

1) функцию нравственного самоконтроля соблюдения презумпций и процессуальных правил, обеспечивающих беспристрастность и справедливость позиции обвинителя в суде;

2) функцию эмоциональной активизации познавательных процессов в ходе судебного доказывания, познания фактических обстоятельств дела¹.

Когда речь идет об убеждении, наиболее верным способом является опыт и расчет, проведенный в соответствии с заранее разработанными правилами. Вместе с тем, убеждающий эффект достигается и психологическим воздействием на аудиторию. Суть метода состоит в том, чтобы сделать саму аргументацию более доступной для них. Следует использовать способность человеческой речи увлекать, заражать своими мыслями и эмоциями. Как приемы убеждения могут использоваться ирония, юмор и по отношению к оппоненту, и по отношению к другим участникам процесса. Прием отступления от темы применяется для активизации внимания судей, для расположения их к себе или, наоборот, отвращения от противника. Это чисто психологический прием, но в ряде случаев бывает действеннее логической аргументации. По отношению к противной стороне отступление от темы, шутка, прием ошеломления используются для того, чтобы заставить его услышать то, что он якобы не слышит. Иными словами, необходимо помнить о стратегии речевой коммуникации: судебный аргументатор должен быть понятен, его слова, речь должны без усилия восприниматься аудиторией. Об этом достаточно много говорится в специальной литературе, посвященной судебному красноречию, психологии². В частности, указывается на важность ритма речи, которая в своих основах выражается членимостью речи. Речь вне членимости есть нуль смысла³. Основа рит-

¹ См. об этом: Мельник В.В. Искусство доказывания в состязательном уголовном процессе. – С. 206, 207.

² См. об этом: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 189.

³ См.: Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 239.

ма – сочетание звучания и пауз. Пауза нужна из-за того, что в процессе произнесения слушающий воспринимает речь, то есть сознает состав языковых знаков, а во время паузы – понимает речь, то есть вникает в содержание речи и оценивает ее¹. Благодаря членимости произношения паузами возникает возможность передачи сообщения². Актуализации иногда достигают *повторением (мысли, вопроса) или просто интонацией, мимикой или паузой*. В отношении присяжных заседателей эффективными средствами убеждения являются те, которые воспринимаются ими как естественные, содержательные, реальные. Напротив, искусственность, формальность, догматизм, научность характеризуются в целом негативно. Известно, что в некоторых случаях тот, кто просто цитирует примеры без построения собственных умозаключений, небрежно относится к повествованию и даже использует резкие высказывания, может получить значительный результат в убеждении своих слушателей.

Упомянем еще один метод – наглядности, который достаточно хорошо освещен в специальной литературе³. Отмечается, что, во-

¹ См.: *Рождественский Ю.В.* Теория риторики. – С. 239.

² Всякое звучание или видимая графика, помимо расчленения ради восприятия, понимания и оценки, по замыслу создателя речи может обладать той или иной степенью ясности. В звучащей речи это достигается темпом, громкостью и периодичностью речи. Более быстрый темп уменьшает ясность, замедленный – увеличивает ясность, более громкая речь увеличивает ясность, тихая – уменьшает. Периодичность речи ослабляет внимание, непериодичность – усиливает. Громкость речи, чрезмерная для данных акустических условий, уменьшает ясность, речь чрезмерно тихая – также уменьшает ясность, но чрезмерно громкая речь ослабляет внимание, а тихая и чрезмерно тихая речь усиливает внимание. Ритор может воздействовать на аудиторию изменением темпа, ослабляя или усиливая восприятие речи, или громкостью с целью усилить восприятие или ослабить внимание (и понимание), или периодичностью с целью ослабить внимание и добиться такого восприятия и понимания, когда ослабевает оценка содержания речи.

³ См., например: Поддержание государственного обвинения в суде с участием присяжных заседателей: Научно-практическое пособие / Коллектив авторов. – М., 2002. – С. 143 и след.; Руководство для государственных обвинителей. Криминалистический аспект деятельности / Под общ. ред. О.Н. Коршуновой. – СПб., 1998. – Ч. 1. – С. 54–59.

первых, наглядной должна быть информация о событии преступления, а во-вторых, наглядной должна быть и информация о процессе познания на предыдущих этапах и стадиях. Наглядность информации о событии преступления означает такие ее количество и качество, которые бы позволили любому субъекту уголовного преследования (и познания в целом) построить модель происшествия, адекватно отражающую событие преступления, как компонент реальной действительности¹.

Возможно трансформирование одних методов в другие, переход от одной схемы действия тактических приемов к другой, иные логические операции с методами, влекущие повышение эффективности стратегии доказывания субъекта. Это на практике превращается в сложную тактическую систему, используемую субъектом доказывания.

В целом же любой прием, который, как кажется, противоречит желаемой цели аргументатора, производит огромный эффект, им можно без сомнения пользоваться как совершенным методом убеждения. Например, ссылка в обоснование своего утверждения на доказательства (фактические данные), приведенные противной стороной, или получение на перекрестном допросе свидетеля противной стороны показаний в свою пользу².

Характеризуя эффективность аргументации, направленной на защиту своей позиции, необходимо подчеркнуть такое ее качество, как гибкость: важно своевременно и в должной мере корректировать доводы, если встретятся такие возражения, которые опровергают ранее выдвинутые доводы; в целом выстраивать систему аргументации, сообразуясь с изменяющимися условиями судебной ситуации и в первую очередь с позицией противника. В.А. Новицкий указывает на метод восполнения пробелов при исследовании отдельных видов доказательств и позиций процессуального противника, который заключается в использовании его

¹ См.: Руководство для государственных обвинителей. Криминалистический аспект деятельности. – С. 54.

² См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 200.

тактических упущений – путем восполнения пропущенных «белых пятен» в противоположной версии, наиболее полного их заполнения информацией, свидетельствующей в собственную пользу¹.

Опровержение противника – другая стратегия аргументации. Известно, что наиболее важной составляющей судебного спора является опровержение. Как отмечает Х. Леммерман, в редчайших случаях *все* говорит за или *все* против какого-либо утверждения². «В области споров отрицание всегда сильнее утверждения. Это основная истина эристики. Когда в логическом споре восторг встречается с логикой, это ведет к неизбежным катастрофам»³. Тактическая задача субъекта доказывания – вскрыть противоречия в доводах противника, причем в наибольшем их количестве. Р. Гаррис советует всмотреться в доказательства противника и расположить свои «с таким расчетом, чтобы они были не только в контрасте с теми, но и казались бы более правдоподобными»⁴.

Опровержение – это в первую очередь логическая операция, осуществляющая с целью установления ложности или необоснованности положения, выдвинутого оппонентом в качестве тезиса. Опровержение направлено на разрушение доказательства противной стороны. Доказательство и опровержение в судебном споре выполняют противоположные функции – нападения и защиты. Мы уже указали основные методы опровержения, обусловленные самой природой индуктивного доказывания. К этому надо добавить, что метод опровержения выглядит как поиск и использование слабых мест в механизме доказывания противника. Поэтому, как отмечает В.А. Новицкий, следует начинать с опровержения доказывания процессуального противника, если он

¹ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 232.

² См.: Леммерман Х. Уроки риторики. – С. 291.

³ Цит. по: Лебедева Т.В. Культуремы судебного состязания / Т.В. Лебедева, И.В. Лебедев. – С. 81.

⁴ Гаррис Р. Школа адвокатуры. – С. 338.

изложил уже свои тезисы и доводы, с анализа слабых сторон в самом выдвинутом тезисе (указать на его ложность, противоречивость) либо в его обосновании (доводах), то есть приведению собственных доводов должны предшествовать контрдоводы в отношении тезиса или всей позиции противоположного субъекта доказывания, его тактики. Использование такого метода не позволит суду в полной мере проникнуться доверием к тактике противоположной стороны и в полной мере использовать для познания метод сравнительной оценки тактик и позиций (сопоставление позиций суду не требуется, так как он уже видит «бреши» в доказательственной тактике противоположного субъекта доказывания)¹.

Мы уже показали, что фактически существуют три вида опровержения: опровержение тезиса, опровержение аргумента, опровержение демонстрации. Выбор способа опровержения – это задача, которая решается стороной в зависимости от конкретной судебно-следственной ситуации, исходя из тактических и стратегических соображений. Например, обоснование использования недопустимых данных противником, которые не могут служить доказательством его тезиса. Для этого обосновывается, что доказательство, довод, изложенные противоположным субъектом доказывания, не способны свидетельствовать о выдвинутом тезисе, о каких-либо фактических обстоятельствах дела.

Конечно, наиболее действенным способом опровержения является опровержение фактами, получившими подтверждение в судебном следствии. Основания опровержения аргумента: его ложность, недостоверность или его несвязанность с тезисом доказательства. Можно не согласиться с выводом, сделанным предшественником, признав его исходные положения. В этом случае надо проследить цепь его доказательств, указать на ошибку и исправить смысл того, что сказано. Можно доказывать неактуальность для аудитории самого предмета речи, иначе – его фактическое отсутствие. Можно согласиться с предметом речи, но не

¹ См.: Новицкий В.А. Теория российского процессуального доказывания и правоприменения. – С. 225.

согласиться с его актуальностью. Таким образом, логические ошибки, неактуальность предмета и ошибки в отношении к предмету есть принципы, на которых строится изобретение как ответное риторское действие в диалоге.

Если рассматривать диалектическую аргументацию, то основными методами – опровержениями будут следующие:

1) метод фундаментальности: поскольку в основу аргументации кладутся факты, постольку опровержение фактов разрушает всю систему аргументации противника¹;

2) метод противоречий, то есть аргументатору надо проверить свою аргументацию: не противоречат ли друг другу факты и выводы – нельзя дать противнику сыграть на противоречиях; аналогичные требования должны быть предъявлены к аргументации оппонента;

3) метод следствий;

4) метод примеров; метод изнанки (технический прием «да... но»);

5) метод мнимой поддержки;

6) метод кусков;

7) метод суммирования;

8) «возвратный удар» или «прием бумеранга»;

9) «подхват реплики»;

10) атака вопросами;

11) доведение до нелепицы, сведение к абсурду (*reductio ad absurdum*)².

Доказательство принимается, то есть допускается судьей (присяжным) в качестве аргумента, если он доверяет, верит сказанному. Иными словами, если сообщение, представленное в речевой форме, обладает такими качествами, которые оказывают

¹ Факты, установленные в ходе судебного следствия. Это «нетехнические доказательства». Их аргументатор получает не в виде умозаключения, а в результате представления и исследования в суде источников сведений, указанных в части 2 статьи 74 УПК. На этих фактах (фактах-2) как строится своя позиция, так и разрушается позиция противника.

² См.: *Квинтилиан М.Ф.* Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 2. – С. 9; *Леммерман Х.* Уроки риторики. – С. 291–295; *Сергеич П.* Искусство речи на суде. – С. 123.

эффект убеждения. Что это за качества? Что способствует установлению фактов? В самом общем виде можно сказать, что все это делается в суде посредством следственных действий. В связи с этим встает вопрос об эффективности проведения следственных действий как вопросе об эффективности аргументации.

И в самом деле, стратегия ведения дела, выступая скелетом, структурой, нуждается в процессуальной плоти из конкретных действий по доказыванию. Именно в действии, в «акции» (действии) видели юристы всех времен и всех народов залог силы доказательств, суть искусства судебного доказывания. А раз так, возникает потребность в изучении закономерностей и разработке на их основе рекомендаций по проведению следственных действий. В нашей науке этим обычно занималась криминалистика, поэтому нельзя обойтись без нее.

Тактика – это проблема применения методов аргументации применительно к обстоятельствам конкретного уголовного дела. Как отмечается, только выбрав правильную тактику, владея тактическими приемами, разработанными криминалистикой и другими науками, можно реализовать стратегические задачи и достичь целей обвинения¹. В криминалистической науке выработано специальное учение о криминалистической тактике. Так, правильно ученые отмечают, что тактика подразумевает выделение типичных правил выбора подходящего средства для типичных наличных условий; для каждой стороны эти условия различны. Отсюда – сколько заинтересованных участников судебного разбирательства, столько может быть «тактических рисунков» поведения². Меньше

¹ См.: Ульянов В.Г. Государственное обвинение в российском уголовном судопроизводстве: процессуальные и криминалистические аспекты. – М., 2002. – С. 100.

² См.: Криминалистика: Учебник для вузов / Под ред. Р.С. Белкина. – М., 1999. – С. 451; Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. – М., 2001. – С. 70 и след.; Баев О.Я. Содержание и формы криминалистической тактики. – Воронеж, 1975. – С. 8 и след.; Баев М.О. Стратегические принципы тактики защиты по уголовным делам / М.О. Баев, О.Я. Баев // Криминалистические аспекты профессиональной защиты по уголовным делам. – Екатеринбург, 2001. – С. 14 и след.; Стуликов А.Н. Уголовно-процессуальные и криминалистические аспекты представления доказательств: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – С. 15.

работ о судебной тактике сторон¹. Например, В.Г. Ульянов пишет, что судебная тактика включает закономерности воздействия участников уголовного процесса на объект в целях получения, представления или использования доказательственной информации².

Тактика аргументации – понятие многоаспектное. В понятие тактики может быть включен значительный объем знаний из области теории доказывания, необходимо также использование рекомендаций и положений психологии, психолингвистики, теории аргументации, риторики и других наук.

На наш взгляд, тактический аспект аргументации состоит в том, чтобы использовать оптимальным образом имеющийся у стороны доказательственный материал, представить его суду в наиболее убедительном виде, доказать и обосновать справедливость своего правового требования к суду в соответствии с истинной. Тактика учит тому, как основные методы аргументации воплотить в планирование судебного следствия по уголовному делу, определение линии поведения субъекта доказывания, который путем проведения следственных действий, связанных с представлением и исследованием доказательств, реализует тактический замысел, вытекающий из общей стратегии. Предметом судебной тактики является разработка приемов проведения отдельных следственных действий в ходе судебного следствия, но также и других действий (заявление ходатайств, жалоб), обеспечивающих доказывание.

Тактика судебного доказывания – это искусство подготовки и ведения юристом своего дела в состязательном суде или иначе – совокупность средств и приемов представления и исследования доказательств, аргументирования, а также использование иных средств убеждения (эмоции, язык тела) для достижения намеченной цели. Тактика судебного доказывания строится на знаниях, выработанных криминалистической наукой, психологией, логи-

¹ См.: Ульянов В.Г. Государственное обвинение в российском уголовном судопроизводстве: процессуальные и криминалистические аспекты. – С. 109.

² См. там же. – С. 101.

кой и другими отраслями знания. Следовательно, в широком смысле тактику судебного доказывания можно определить как совокупность приемов, предусмотренных законом, допустимых судебной этикой, которые сторона использует для убеждения в правдоподобности представленных фактов и отстаиваемого тезиса (главного доказательственного факта).

Тактика состоит в умении обратить в свою пользу нейтральные факторы, уменьшить или снять влияние негативных факторов судебного-следственной ситуации; с максимальной пользой для стороны и не вопреки установлению истины по делу использовать те или иные обстоятельства. Стратегия сопряжена с тактикой, и от них в конечном счете зависит и производство тактических приемов: «Тактика ведет войну, а стратегия ею управляет»¹. Единым стратегическим замыслом должны быть проникнуты все действия аргументатора в суде. Применение того или иного тактического приема должно быть обусловлено как целью, так и обстоятельствами данной судебной ситуации.

Приведем в качестве примера проблему аргументации, которая, на наш взгляд, должна решаться тактическими средствами. Вигмор писал: «Логика игнорирует время; но ум более или менее обусловлен им. Проблема состоит в том, чтобы удалить это препятствие в максимально возможной степени»². Фактические данные вступили в формирование нашей веры *в последовательные промежутки времени*; значит, есть опасность упущения или недостаточного внимания тому или иному из них. В зале суда множество доказательственных фактов в самом деле понимаются один за другим. Следовательно, проблема состоит в том, чтобы скоординировать их. «Знание в самом высоком совершенствовании состояло бы в *одновременном* владении множеством фактов. Чтобы постичь проблему на отлично, у нас должен быть каждый факт присутствующим с любым другим фактом. Но мы логиче-

¹ Цит. по: *Защляпин Л.А.* Основные компоненты теории адвокатского мастерства в уголовном судопроизводстве. – С. 431.

² *Wigmore J.H.* The Science of Judicial Proof. – P. 30.

ски слабы и несовершенны относительно факта из-за того, что мы обязаны думать об одной вещи за другой»¹. На наш взгляд, искусство аргументации состоит в том, что в максимально объективном виде, в полном объеме представить суду совокупность фактов. Аргументатор должен принимать специальные усилия для того, чтобы судьи не упустили те или иные данные, которые могут помочь им принять объективное решение. У каждого из доказательств есть некоторое доказательное значение, оно не должно быть забыто под наслоениями других фактов. Следовательно, аргументатор не должен позволить судье упустить тот или иной факт – напоминать о нем, актуализировать его внимание на тех или иных частях доказательства, показывать относительную ценность каждого. Важно не дать судье впасть в заблуждение, придавая значение одному фрагменту в массе данных и игнорируя некоторый другой фрагмент, или через переоценивание, или недооценивание любого фрагмента доказательств.

На наш взгляд, диалектическая взаимосвязь различных категорий, объясняющих общие и частные закономерности того, как происходит доказывание-аргументация в суде, наиболее ярко проявляется в тезисе о том, что аргументация не сводится к прениям сторон, а происходит в ходе всего судебного следствия, и даже более того – в ходе всего судебного разбирательства². Это отмечали многие юристы. Например, В.М. Савицкий писал: «Что касается доказывания на судебном следствии, то там тоже имеет место логическое доказательство (например, когда прокурор делает заявление о ложности показаний свидетеля), но главное содержание этой части судебного разбирательства заключается в исследовании, проверке доказательств, установлении фактов, то есть в доказывании в широком, процессуальном значении этого понятия. Участвуя в допросах подсудимого, свидетелей и потерпевших, осматривая вещественные доказательства и т. д., проку-

¹ *Wigmore J.H.* The Science of Judicial Proof. – P. 31.

² См. об этом: *Александров А.С.* Перекрестный допрос в суде / А.С. Александров, С.П. Гришин.

пор никакого утверждения не выдвигает и не обосновывает, он устанавливает факты, призванные в дальнейшем сыграть роль посылок, с помощью которых он будет в своей речи обосновывать правильность вывода о виновности»¹.

Естественно, возможна аргументация и вне судебной аудитории, но в развернутом виде довод и аргументация имеют место в суде. Доведение до сведения суда своего мнения (позиции) о фактическом состоянии дела происходит в речах сторон, но не только в речах, как официальных обращениях субъекта к суду, но и в ходе всех прочих форм речевого общения (следственных действиях, прежде всего), что имеют место в судебном заседании. Поэтому аргументативны следственные действия, проводимые в суде. Поскольку внутреннее убеждение у судей складывается по мере исследования доказательств, постольку в ходе исследования в судебном заседании сведений последние оцениваются судьей как достоверные или ложные. Представляемые стороной сведения становятся фактом для судьи, если оказывают на него убеждающее воздействие. Качество *достоверности* показаний есть оценочная категория, которая используется судьей (иногда рационально, а иногда и бессознательно) для верификации знания. Формирование *аргумента* (средства убеждения в существовании какого-либо обстоятельства, составляющего предмет доказывания или по-другому – предмета судебного спора) происходит в ходе судебных допросов свидетеля юристами с участием и самого суда. *Судебное доказательство* – это то, что убеждает судью. Если информация кажется суду неубедительной, сомнительной, она не может быть доказательством. Понятно, что основной убеждающий эффект происходит от смысла сказанного (при даче показаний) или от иного знания, передаваемого в невербальной форме (заметим, таковых очень мало). Однако смысл, информация не могут существовать вне сигнала, вне носителя. Чаще всего в суде носителем информации выступает речь (ведь судебное следствие ведется устно).

¹ Савицкий В.М. Государственное обвинение в суде. – С. 81.

Поэтому можно согласиться с тем, что сила судебного доказательства определяется:

- 1) доступностью восприятия речи слушателем;
- 2) понятностью содержания речи;
- 3) готовностью адресата согласиться с содержащимися в речи утверждениями;
- 4) индивидуальным эмоционально-волевым порогом восприятия речи адресата;
- 5) адекватностью речевой формы контексту судебной ситуации, другим внешним обстоятельствам сообщения¹.

Итак, важно иметь в виду, что аргументация в суде не ограничивается судебными прениями, где стороны оперируют завершёнными доводами, каждое следственное, процессуальное действие аргументативно (потенциально хотя бы), каждый вопрос, задаваемый юристом, но также и то, как вопрос задается; манера ведения допроса, язык тела – все это формирует образ аргументатора как человека искреннего и порядочного, стремящегося к установлению истины или, наоборот, как человека, которому не стоит доверять.

Одно и то же сообщение истолковывается по-разному в зависимости от того, какой психологический статус занимает говорящий с точки зрения его личных отношений, и с учетом того, не воздействовали ли такие первичные эмоции, как злоба или страх, на произносимые слова таким образом, что придавали им противоположный смысл². Данный важный психологический момент в судебной аргументации подметил Сэр Джеймс Скарлет, который указывал: ничто более так не воздействует на ум присяжных, как результат их собственного исследования; открытия, сделанные ими самими, всегда оказывают на них наибольшее впечатление; именно за свои собственные открытия присяжные держатся с величайшим упорством и часто, вероятно, вплоть до игнорирования

¹ См.: Александров А.С. Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов. – С. 19–34.

² См.: Сепир Э. Язык. – С. 228–229.

противоречащего факта по делу¹. Доводы, до которых человек додумывается сам, обычно убеждают его больше, нежели те, которые пришли в голову другим. По этому же поводу есть и высказывание М. Квинтилиана: «Судьи неохотно слушают человека, предвосхищающего должность их»². В связи с этим *наведение исподволь* судью к определенному мнению о свидетеле является приемом любого следственного действия.

Поэтому совершенно обоснованно С.А. Щемеров отмечает, что следственные действия, проводимые государственным обвинителем или с его участием, аргументативны в общем контексте проводимой им тактики. Формирование судебного доказательства происходит в ходе следственных действий. Судебное доказательство – это то, что убеждает судью. Убедительность доказательства обвинения складывается из множества составляющих: психолингвистического, эмоционального факторов; языка тела и т. д.³ Поэтому правы те исследователи, которые предлагают разрабатывать тактику убеждения в зависимости от типа собеседника, в зависимости от типа личности⁴.

Любое процессуальное действие, поведение сторон в условиях открытости, гласности, непосредственности судебного разбирательства может оказать влияние на мнение присяжных заседателей относительно правоты той или иной стороны. Факты есть производное от следственных действий в суде, психического состояния судей в виде убежденности. Поскольку внутреннее убеждение у судей складывается по мере исследования доказательств, постольку в ходе представления и исследования фактических данных в судебном заседании последние оцениваются судьей как достоверные или ложные. Показания допрашиваемого усилиями юриста становятся фактом для судьи. Достоверность показаний есть оценочная категория, которой пользуется судья (иногда ра-

¹ См.: *Wellman F.L.* The art of cross-examination. – P. 170.

² *Квинтилиан М.Ф.* Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 2. – С. 144.

³ См.: *Щемеров С.А.* Участие прокурора в стадии судебного разбирательства уголовного процесса. – С. 21.

⁴ См.: *Шейнов В.П.* Искусство убеждать. – М., 2001. – С. 47–52.

ционально, а иногда и бессознательно) для верификации знания. Судья поверил свидетелю, и показания последнего становятся фактом. Судья не поверил свидетелю, и показания остались пустыми словами и не стали доказательствами. Следовательно, формирование аргумента происходит в ходе судебных допросов свидетеля юристами с участием и самого суда. Важно, чтобы ко времени судебных прений аргументы были уже в основе своей усвоены судьями и стали для них «своими».

Хотя, как мы уже неоднократно повторяли, аргументация, основанная на правилах индукции-дедукции, наиболее убедительна, кроме собственно логических средств, используются и другие речевые техники психического, эстетического, идеологического воздействия судебного оратора своей речью на судебную аудиторию. Суть довода состоит в демонстрации убедительности факта-2, но, можно сказать, в передаче смысла *речью*, то есть представлении доказательства. Поэтому техническая сторона аргументации – она же речевая. Довод всегда обращен во вне и как следствие этого воплощен в языковую, речевую форму. Мы не можем аргументировать, доказывать при рассмотрении дела, не употребляя слов, не вступая в речевую деятельность с другими участниками производства.

В литературе правильно указывается в связи с этим на необходимость учета психолингвистического фактора. Смысловая основа судебной речи состоит в действиях с неформализованными понятиями, когда образный и понятийно-бытовой смысл слов и выражений может частично формализовываться, подводя описания деяния под закон путем определения вопроса и разработки доводов. Подобная структура речи объясняется тем, что прежде всего здравый смысл позволяет принимать судебные решения и реализовывать их в жизни. Задача судебной речи – это достичь через убеждение согласия о совместном действии. Основой для достижения подобного соглашения является не достижение абсолютно достоверного знания об объективной реальности, а система языковых конвенций, составляющих *языковой опыт* (в форме здравого смысла, совести, внутреннего убеждения) всех тех, кто

причастен к производству судебного (а значит) речевого знания о преступлении, преступнике и наказании¹.

Необходимо указать на возможности *наведения речевых эмоций* судебной речью. *Речевые эмоции* наводятся на аудиторию в первую очередь не логически организованными частями речи, а обращением, именованием темы, воззванием, заключением. Речевая эмоция – эмоция, наводимая на аудиторию речью. Речевому выражению доступны не все эмоции, а только те, которые возможно выразить с помощью речи и тем заставить аудиторию испытать чувство. Речи доступно выражение и наведение на аудиторию только некоторых эмоций. Это связано с выразительными возможностями языка. В речевом контакте участвуют: сам факт речевой связи; ритм, тембр и интонация; динамика речи (то есть громкость и быстрота), модальность речи, предметное знание лексики, соответствие речи и действия, образное и логическое построение речи, коннотативный смысл речи².

Каждый из этих факторов речевого контакта обладает своими возможностями выражения и наведения эмоции определенного типа. Но поскольку все эти факторы языкового контакта не могут существовать друг без друга, речевая эмоция всегда сложна и комплексна. Ритор пользуется разными факторами в разной степени, создавая совокупную эмоцию данной речи, которая как бы окрашивает речь слушающего в определенные тона, которые заставляют слушателя толковать речь в определенном смысле.

Ритмические, интонационные и тембровые свойства речи сказываются на результативности убеждения. Речь быстрая, отрывистая, громкая вызывает волнение, как будто бы слушающий не успел сделать что-то важное. Наоборот размеренная, монотонная и негромкая речь вызывает скуку. Речь умеренная и разнообразная в динамике привлекает внимание, настораживает, заставляет подтянуться. Модальность речи – вопрос, повествование и иные более тонкие виды модальности на основе этих главных – при-

¹ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 225.

² См.: Рождественский Ю.В. Теория риторики. – С. 292.

звана к тому, чтобы заставить человека действовать. Для этого он должен испытывать чувство самосохранения. Чувство самосохранения бывает двояким – ощущение несчастного примера других людей и страх за свое существование. Важнейшим видом эмоции является эмоция должного. Она возникает из осознания отношения речи и действия в связи с речью. Сложным видом речевой эмоции является эмоция удовлетворения от ловко сказанного¹.

Прагматическая, речевая сущность судебного доказывания сводится к речевой коммуникации в ходе судебного разбирательства, то есть к убеждению посредством речи. Вопрос об эффективности речевой коммуникации, языкового представления доказательств – это весьма важный вопрос для судебного деятеля. «Искусство доказывания есть искусство речевого перформанса доказательств и развертываемой на них аргументации, подключающей весь арсенал юридической техники (в первую очередь – легальные презумпции) и набор средств ораторского искусства, убеждающее воздействующих на аудиторию судебного заседания»².

В заключение остановимся на *узловых местах*, где происходит аргументация в уголовном судопроизводстве. По нашему мнению, аргументация в собственном смысле возможна только, когда есть независимый беспристрастный арбитр, который может сравнивать аргументы и позиции сторон, то есть в условиях судебного спора, причем обе стороны имеют равные права на доказывание. То, что имеет место в ходе досудебного производства, можно назвать подготовкой к осуществлению аргументации. Об обосновании органами предварительного расследования своих процессуальных решений как доказывании нами уже было упомянуто в соответствующем разделе нашей работы. Обоснование в нашем понимании нельзя отождествлять с аргументацией, последняя возможна только в контексте спора, который в силу структурных особенностей нашего уголовного процесса не мо-

¹ См.: Рожественский Ю.В. Теория риторики. – С. 294, 295.

² Александров А.С. Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов.

жет иметь места между сторонами ни в стадии возбуждения уголовного дела, ни в стадии предварительного расследования. Исключения составляют ситуации, когда имеет место вторжение судебной власти в разрешение отдельных спорных вопросов, возникающих на досудебном производстве. Речь идет о судебном контроле. В литературе, посвященной проблемам судебного контроля, признается проведение доказывания. Хотя в резкой и отчетливой форме об аргументации исследователями вопрос не ставится, тем не менее, на наш взгляд, принципиальной разницы в природе аргументации не может быть в зависимости от формы судебной процедуры. Представляется, что если соблюдено первичное условие состязательного судопроизводства: есть две равноправные стороны и независимый суд как арбитр, там возможна аргументация. Она может быть развернутой и свернутой в зависимости от предмета спора, позиционирования сторон и допускаемых законом средств процессуальной борьбы, но принципиальные моменты, связанные с природой судебной аргументации, мы можем наблюдать и в процедурах судебного контроля, и в стадии судебного разбирательства, и в последующих судебно-контрольных стадиях.

Руководствуясь указанными соображениями, мы сконцентрировали свое внимание на аргументационном процессе в классическом его понимании, и периодизацию этого процесса мы основываем на этапах подготовки и использования аргументов – средств апеллирования к разуму и совести судьи.

Помятуя о важности субъективного фактора аргументации и значимости подготовки субъекта к ведению доказывания, подготовительную часть судебного заседания мы можем признать местом, где *начинается* доказывание и аргументирование.

В работах по теории аргументации указывается на необходимость учета личностных качеств адресатов доводов и использования их психоэмоционального настроения¹. Сказанное, конечно, в

¹ См., например: *Гриненко Г.В. Аргументация и коммуникация. Искусство убеждения в традициях логической науки // Мысль и искусство аргументации.* – М., 2003. – С. 58–63.

первую очередь касается суда с участием присяжных заседателей, но в определенной мере справедливо и для обычного порядка судебного разбирательства. Как заметил М.Ф. Квинтилиан по поводу судей: легче подталкивать того, кто уже бежит, чем подвинуть того, кто еще не движется¹. Субъект доказывания должен начать работать с аудиторией с самого начала судебного заседания. Если аргументатор не властен выбрать или формировать аудиторию, перед которой он собирается выступать, то, по крайней мере, он не должен делать ничего такого, что могло бы заранее настроить ее против него.

Так как личность судьи (присяжного) составляет один из элементов аргументационной ситуации, то поэтому процесс формирования комплектного состава присяжных является важнейшим моментом процесса аргументации. В известной степени верно утверждение о том, что каков будет судья, таковым будет и решение. То, какое значение придает этому фактору Верховный Суд РФ, видно из его многочисленных решений, касающихся вопросов формирования состава присяжных заседателей². В связи с этим стоит согласиться с тезисом, что цель подготовительной части судебного заседания состоит в том, чтобы обеспечить достижение истины по делу³.

Отбор присяжных заседателей имеет критически важные последствия для исхода дела, в связи с этим адвокату следует принять меры к недопущению в число присяжных лиц, потенциально опасных для его дела, а с другой стороны, стремиться к тому, чтобы среди присяжных оказалось максимальное число тех, кто будет максимально лояльным к его подзащитному.

¹ См.: *Квинтилиан М.Ф.* Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 2. – С. 20.

² См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 10 марта 2005 года № 19-О05-12СП (извлечение) // *Бюллетень Верховного Суда РФ.* – 2006. – № 6.

³ См.: *Дудукина Т.Г.* Подготовительная часть судебного заседания: проблемы нормативного регулирования и правоприменительной практики: Автореф. дис... канд. юрид. наук. – Н. Новгород, 2007. – С. 20.

В нашей литературе обсуждаются различные варианты предварительного просеивания кандидатов в присяжные заседатели¹. А в американской науке и практике давно изучена роль социально-этнических, демографических признаков при отборе кандидатов в присяжные заседатели и выработаны соответствующие рекомендации на этот счет². Мы разделяем мнение о том, что необходимо вычеркивать некоторых представителей общественной совести, опасных с точки зрения процессуальных интересов стороны³.

Субъект доказывания должен тщательно подготовиться к процедуре отбора присяжных, желательно при этом использовать рекомендации психолога. Американские юристы используют различные технологии, в частности использование «имитационного жюри» («mock jury» или «Mock Jurors»), их собирают для «имитационного» исследования дела или для неформальной дискуссии. Фокус-группы обеспечивают адвокатов и других юристов информацией, о том, как люди думают, говорят и воспринимают конкретные темы⁴. Фокус-группы позволяют получить ценную и объективную информацию для подготовки к настоящему процессу⁵. А это в свою очередь зависит от формата работы с фокус-

¹ См., например: *Гуценко К.* Требования к кандидату в присяжные / *К. Гуценко, С. Добровольская* // Советская юстиция. – 1993. – № 10. – С. 3; *Дудукина Т.Г.* Подготовительная часть судебного заседания: проблемы нормативного регулирования и правоприменительной практики. – С. 18.

² См.: *Kramer G.P.* Laboratory Simulation and Bias in the Study of Juror Behavior / *G.P. Kramer, N.L. Kerr* // *Law and Human Behavior*. – 1989. – Vol. 13. – P. 89, 99; *Stephan C.* Sex and Prejudice in Jury Simulation // *Journal of Psychology*. – 1974. – Vol. 88. – P. 307, 311.

³ См.: *Владимиров Л.Е.* Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. – С. 128.

⁴ Как отмечается в литературе, преимущество «имитационных жюри» в том, что вы можете получить информацию о мотивах принятия ими решений, которую вы не можете получить от присяжных в настоящем процессе.

См.: *Александров А.С.* Использование адвокатами фокус-групп при подготовке к участию в отборе присяжных заседателей и в последующих судебных действиях / *А.С. Александров, С.В. Спиринов* // Адвокатская практика. – 2008. – № 6. – С. 31–36.

⁵ См. там же.

группой, обеспеченности информацией и типов вопросов, заданных или незаданных фокус-группе¹. Использование фокус-групп позволяет определить особенности взаимоотношений людей. Например, если ваш доверитель является членом составляющей меньшинство в обществе группы, и к которой обычно настроено враждебно большинство людей, вам необходимо выяснить, смогут ли представители тех или иных этносоциальных сообществ быть объективными по отношению к вашему подзащитному. Информация, полученная в фокус-группах, используется при подготовке к отбору комплектного состава присяжных заседателей. Она дает пользу для определения предмета и оптимальной формы вопросов кандидатам в присяжные. Имеется возможность проверить реакцию кандидатов на задаваемые им вопросы, определить форму вопроса, позволяющую установить, будет ли кандидат полезен делу в качестве присяжного или нет. Опрос участников фокус-групп может быть дополнен традиционным демографическим исследованием, помогающим объяснить, почему некоторые члены демографической группы стремятся соответствовать или отклоняться от принятых норм. Такая информация позволяет определиться не только с выбором присяжных, но и с разработкой аргументов для присяжных, к которым они будут наиболее восприимчивы.

Некоторые рекомендуют, чтобы перед удалением из зала судебного заседания свидетели предупреждались о возможности их приглашения в зал для представления присяжным заседателям (это может повлиять на решение вопроса об отводе кого-либо из заседателей)². При изучении уголовных дел мы такого рода процессуальных действий не встречали. Между тем существует практика знакомить кандидатов в присяжные заседатели со списком свидетелей, подлежащих вызову в суд по делу. Так было,

¹ См.: Александров А.С. Использование адвокатами фокус-групп при подготовке к участию в отборе присяжных заседателей и в последующих судебных действиях / А.С. Александров, С.В. Спирин. – С. 31–36.

² См.: Рассмотрение дел судом присяжных: Научно-практическое пособие / Отв. ред. В.М. Лебедев. – М., 1998. – С. 60.

например, при рассмотрении уголовного дела № 2-04/06 по обвинению М.В. Дикина по статье 119, части 3 статьи 33, части 3 статьи 30, пунктам «ж», «з» части 2 статьи 105, части 1 статьи 213 (в ред. Федерального закона от 8 декабря 2003 г.) УК РФ и А.В. Дикина – по статье 119, части 5 статьи 33, части 3 статьи 30, пунктам «ж», «з» части 2 статьи 105, части 2 статьи 222 УК РФ¹. Однако заметим, что это положение трудно выполнимо по тем делам, где имеются десятки, а то и сотни свидетелей.

В литературе указывается на необходимость соблюдения следующих рекомендаций при отборе кандидатов в присяжные заседатели²:

1) при опросе граждан, из которых отбираются присяжные, нельзя настраивать их против себя;

2) помнить положения закона об основаниях мотивированного отвода кандидатуры;

3) помнить, какое количество немотивированных отводов можно сделать и сколько уже сделано;

4) не заявлять ходатайство о мотивированном отводе кандидатуры присяжного в его присутствии, если только это не немотивированный отвод (его могут не удовлетворить)³;

5) иметь в виду, что имеется связь между этносоциально-экономическим статусом и голосованием присяжного;

6) использовать предоставленную частью 8 статьи 328 УПК РФ возможность вопросами «прощупать» кандидата в присяжные: не только по обстоятельствам, препятствующим им участвовать в процессе в этом качестве, но и с точки зрения расположенности к вашему делу, интеллектуального уровня и пр.

¹ См.: Архив Нижегородского областного суда, 2006, д. № 2-04.

² См., например: Александров А.С. Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов. – С. 66; Поддержание государственного обвинения в суде с участием присяжных заседателей: Научно-практическое пособие. – С. 122–123.

³ В деликатных ситуациях, когда кандидату в присяжные затруднительно открыто отвечать на какие-то вопросы, можно воспользоваться таким приемом: после постановки «неудобных вопросов» присяжным председательствующий подзывает к своему столу тех из них, кто поднял руки, а также прокурора и защитника и выслушивает ответы присяжных, сохраняя тем самым конфиденциальность.

Юристу, который ведет дело, необходимо угадать, что именно волнует или сосредотачивает на себе внимание судей. Цицерон писал по этому поводу: «Я употребляю все усилия к тому, чтобы проникнуть во внутренний мир судей, угадать, что они чувствуют, что думают, чего ждут, и это нужно мне для того, чтобы легче было повлиять на них своей речью»¹. Как замечает Л.Е. Владимиров, важно почувствовать «святое беспокойство» судейской совести, понять в чем оно состоит и чем можно удовлетворить жажду судейской совести².

В подготовительной части судебного заседания необходимо приступить к решению этой задачи. Из непосредственного общения с присяжными, при разрешении ходатайств, участия в других процессуальных действиях у присяжных (судей) уже должно формироваться убеждение об объективности юриста, его искренней заинтересованности в беспристрастном, правильном установлении фактов по делу. В подготовительной части судебного заседания создается задел для представления доказательств или готовится яма, в которую доказательства противника будут впоследствии низвергнуты. Между тем, как указывается в некоторых исследованиях, прокуроры, ввиду большой загруженности в процессах, часто не имеют возможности хорошо подготовиться к процессу. Опросы судей показывают, что многие прокуроры, приходя в процесс, материалов дела не знают. Безусловным правилом для любого юриста-аргументатора должно стать не только ознакомление с материалами дела, но и личное общение с ключевыми свидетелями по делу, через показания которых предполагается установить для суда факты³.

¹ Цит. по: *Владимиров Л.Е.* Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. – С. 164.

² См. там же.

³ См. об этом: *Руководство для государственных обвинителей. Криминалистический аспект деятельности.* – С. 66–68; *Александров А.С.* Судебные доказательства и доказывание в уголовном суде / А.С. Александров, А.Н. Стуликов. – С. 58; *Гришин С.П.* Подготовка государственного обвинителя к судебному заседанию // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. – 2005. – № 3. – С. 240–242; *Он же.* Судебное следствие в смешанном уголовном процессе. – С. 88.

Криминалистической наукой выработаны развернутые рекомендации по подготовке к проведению судебного следствия, а также отдельных следственных действий¹. Мы не будем останавливаться на этом предмете, поскольку это завело бы нас слишком далеко. Но не можем не сказать, что комплексный подход к подготовке своей доказательственной базы, на наш взгляд, обеспечивается в свете понятия аргументации лучше, чем любого другого понятия. Ведь здесь мы увязываем в единое целое все, что позволяет создать предпосылки для эффективной аргументации: и психологию, и криминалистику, и многое другое.

Наиболее ярко это проявляется, например, в так называемой подготовке свидетеля к прямому и перекрестному судебным допросам. Это, как указывается в литературе, необходимая часть подготовки к формированию судебного доказательства². Она включает в себя целый набор средств, начиная от обеспечения защиты свидетеля до своего рода тренинга свидетеля к даче показаний³.

Метод отбора и объяснения фактов, на наш взгляд, проявляется в том, что субъекту доказывания следует критически относиться к вызову в судебное заседание тех свидетелей, которые своими показаниями подтвердят факты в пользу его позиции. Как отмечает С.А. Щемеров, обвинитель вправе отказаться от вызова в суд тех свидетелей, которые, по его мнению, не способны дать суду возможность правильно выяснить обстоятельства по делу. При этом обвинитель должен в подготовительной части судебного заседания огласить список всех лиц, которых надлежит вызывать в суд со стороны обвинения. Причины, по которым он отка-

¹ См., например: *Ароцкер Л.Е.* Тактика и этика судебного допроса. – М., 1969. – С. 32–42; *Руководство для государственных обвинителей. Криминалистический аспект деятельности.* – С. 34 и след.; *Ульянов В.Г.* Государственное обвинение в российском уголовном судопроизводстве: процессуальные и криминалистические аспекты. – С. 112 и след.

² См. об этом: *Адвокат в уголовном процессе* / Под ред. Н. Львовой. – С. 46.

³ См. об этом: *Гришин С.П.* Подготовка государственного обвинителя к судебному заседанию. – С. 240–242.

зывается вызвать тех или иных лиц, проводящих по делу в качестве свидетелей, обвинитель вправе не указывать. Сторона защиты вправе потребовать вызова в суд всех тех, кто, по ее мнению, должен будет представлять факты в ее пользу, включая тех, от кого отказался обвинитель¹.

Аргументация в ходе судебного следствия имеет, наверное, решающее значение для судьбы дела. Надо иметь в виду, что к моменту судебного следствия у каждой из сторон, в том числе у обвинителя, имеется своя позиция. Ее последовательное доведение до судей посредством приведения соответствующих доказательств, исследования доказательств противника и составляет суть аргументации. Стороны к моменту проведения судебного следствия уже имеют определенное представление о контуре позиции противника. Уже намечен круг доказательств, подлежащих представлению с каждой из сторон. Сторонам известны основные факты, как со стороны защиты, так и со стороны обвинения. Задача сводится к тому, чтобы представить суду, присяжным эти факты, убедить их в своей правоте. Аргументатор должен использовать любую возможность дать понять суду, в чем состоит его позиция по любому спорному вопросу, обстоятельству, обсуждаемому в судебном заседании. Завоевывать его расположение, доверие к себе и своей позиции.

Это делается оратором во вступительной речи, когда необходимо расположить аудиторию к своей позиции, заинтересовать ее, подготовить к восприятию своих доказательств. Но главное для аргументации – факты. Эти факты устанавливаются в судебном следствии. Поэтому решающим этапом в доказывании по делу, а вместе с тем и аргументации является именно эта часть судебного разбирательства. Судебное следствие – это работа с источниками доказательств, представляемых сторонами с целью извлечения из них фактов, на которых строится аргументация. Субъект доказывания представляет свои доказательства и иссле-

¹ См.: *Щемеров С.А.* Участие прокурора в стадии судебного разбирательства уголовного процесса. – С. 56.

дует доказательства противника, готовя фактическую базу для аргументации.

Поскольку аргументативно само по себе представление и исследование доказательств, постольку тактические приемы, в которых сочетаются рекомендации психологии, криминалистики, составляют, на наш взгляд, в полном смысле аргументацию, как не только процесса рационального доказывания, но и убеждения в широком смысле этого слова¹. Каждой из сторон судебным допросом надо увеличить силу показаний своих свидетелей и уменьшить силу свидетельских показаний, представляемых противником. Важен не столько познавательный, информационный, но и психологический аспект в представлении присяжным источников доказательств и их исследовании. Получаемые в ходе следственных действий сведения становятся фактами тогда, когда им верят судьи, когда они убеждаются в их достоверности и способности устанавливать доказываемые факты.

Аргументатору надо владеть всем арсеналом средств воздействия на участников судебного следствия с целью получения объективной информации по делу. В частности, логическое воздействие состоит в использовании конкретных доказательств для опровержения не соответствующих фактам сообщений допрашиваемого. Хорошо подготовившийся к судебному процессу юрист имеет, как правило, целую систему доказательств, в том числе и вещественных, умело оперируя которыми он и решает задачи допроса и доказывания в целом.

Среди методов психологического воздействия, не противоречащих закону и научным рекомендациям, применяются такие, как убеждение, внушение, приведение примера, изобличение и

¹ На наш взгляд, одна криминалистика не способна охватить весь круг вопросов, связанных с аргументированием в суде. В этом плане мы согласны с А.С. Александровым.

См.: Александров А.С. Судебная лингвистика и судебная криминалистика // Использование достижений иных наук в криминалистике: Материалы Всероссийской научно-практической конференции с международным участием 19–20 апреля 2008 г. – Краснодар, 2008. – С. 3–8.

другие¹. Названные методы психологического воздействия на человека выступают средствами управления его поведением. По своему содержанию они очень близки, часто переплетаются между собой и применяются либо один за другим, либо чередуясь фрагментами в едином комплексе воздействия. Единство речевых средств убеждения, тактических ходов, комбинаций, замыслов, а также нормы морали и предписания закона должны формировать определенную стратегическую конфигурацию при ведении следственных действий.

Особо отметим роль вопросов, которые являются на следствии главным средством получения информации, проверки фактических данных. Отсюда исходные рекомендации по формулированию вопросов: они должны быть краткими, понятными; формулировка их должна быть ориентирована на уровень умственного и культурного развития допрашиваемого². Добавим, что вопросы должны быть краткими, простыми и понятными судье, присяжным. Следует добиваться, чтобы слушатели понимали без усилий вопрос юриста и могли предвидеть и понять ответ. «Формулировка вопросов должна быть строго индивидуальной, избранной с учетом личности допрашиваемого, его физических и психических особенностей, возраста, характера, склонностей, образования, профессии, отношения к делу. Одно и то же обстоятельство у разных лиц должно выясняться вопросами, сформулированными по-разному»³. «Чем более обширен и разнообразен «веер» дополняющих, уточняющих и контрольных вопросов и чем больше получено правильных или неправильных ответов допрашиваемого о причинно-следственных и пространственно-временных связях источника доказательств с расследуемым событием, причастными к нему лицами, тем больше «запас прочности» того инфор-

¹ См. об этом, например: *Порубов Н.И.* Допрос в советском уголовном судопроизводстве. – М., 1973. – С. 87; *Геннадиев Д.В.* Оценка свидетельских показаний при судебной защите / Д.В. Геннадиев, В.А. Гуняев. – М., 1981. – С. 43–45.

² См.: *Руководство для государственных обвинителей. Криминалистический аспект деятельности.* – С. 73.

³ *Ароцкер Л.Е.* Тактика и этика судебного допроса. – С. 53.

мационного фундамента, который служит основой проверки и оценки этого и других отдельных доказательств и выводов об обстоятельствах, подлежащих доказыванию»¹.

Следует подчеркнуть особое значение тактик представления и исследования сторонами доказательств. Это есть не что иное, как тактика ведения допросов и других следственных действий. Применительно к судебной ситуации в определенной степени можно говорить о том, что здесь на первый план выходят тактики представления, презентации того, что было уже получено в ходе досудебного производства. Эти тактики направлены и на повышение эффективности проверки, исследования представленных фактических данных. Тактика судебного допроса является ключевой в формировании фактической основы дела. О самостоятельных тактиках можно говорить применительно к представлению вещественных доказательств и документов, а также любых следственных действий, приводимых прокурором или с участием прокурора в суде – освидетельствование, эксперимент, опознание. Тактика поддержания государственного обвинения состоит из тактических приемов проведения отдельных действий, а также их комбинаций – оптимальных (с точки зрения результативности) их сочетаний. Очевидно, что самым радикальным и эффективным способом такой проверки является перекрестный допрос².

Скажем об аргументации в речах, прямо обращенных к суду, где юрист излагает в окончательном виде свою позицию и доводы в ее пользу. В судебных прениях аргументатор в окончательном виде формулирует аргументы и убеждает судей в правоте своей позиции. Репликами он отвечает процессуальному оппоненту, то есть завершает аргументацию. Как писал Вигмор, наша заключительная обязанность в том, чтобы восстановить, наконец,

¹ Мельник В.В. Искусство доказывания в состязательном уголовном процессе. – С. 151.

² См.: Гришин С.П. Судебное следствие в смешанном уголовном процессе (гносеологический, процессуальный и тактико-криминалистический аспекты). – С. 321 и след.

в сознании *все* данные, попытаться скоординировать их сознательно и определить их результирующее влияние на веру¹.

Заключительная речь должна сочетать логическое доказывание и диалектическую аргументацию с эмоционально-психическим воздействием на судей. Как замечает В.В. Мельник, основными средствами речевого воздействия судебного оратора являются: (1) убеждение; (2) информирование (передача информации); (3) внушение; (4) этический способ убеждения². По словам М.Т. Цицерона, хорошо говорить в суде – это значит сказать то, что необходимо, чтобы убедить данный состав суда, в данное время в своей правоте. Общее требование к судебной речи, сформулированное еще древними и ставшее вновь актуальным, состоит в том, чтобы она доказывала, очаровывала, увлекала. Эти задачи Цицерон сформулировал так: «Все построение убедительной речи основано на трех вещах: доказать правоту того, что мы защищаем, расположить к себе слушателей, направить их мысли в нужную для дела сторону»³.

По мнению другого античного ратора – М.Ф. Квинтилиана, судебный оратор должен говорить вразумительно и убедительно. К вразумлению способствует изложение и размышление, а к убеждению – возбуждение страстей, о движении которых нельзя забывать в продолжении всех речей⁴. Речь должна вызывать доверие своей искренностью, которую аргументатор до этого продемонстрировал в ходе всего судебного процесса и которая в концентрированном виде должна воплотиться в заключительной речи судьи. Присяжные должны верить в правильность и справедливость позиции оратора. Он должен заражать своей уверенностью в правоте своего дела слушателей. В формировании внутреннего убеждения судьи огромное значение имеет убежденность оратора в своих словах.

¹ См.: *Wigmore J.H.* The Science of Judicial Proof. – P. 31.

² См.: Поддержание государственного обвинения в суде с участием присяжных заседателей: Научно-практическое пособие. – С. 143.

³ *Цицерон М.Т.* Три трактата об ораторском искусстве. – С. 152.

⁴ См.: Античные риторика. – М., 1978. – С. 273.

Аргументация в судебной речи состоит в подтверждении оратора доводами своего итогового суждения. Именно в заключительной речи доказательства облекаются в форму доводов. В заключительной речи окончательно формируются судебные доказательства – через демонстрацию связи посылки с суждением, через выведение выводов и тем самым – убеждение судьи. С другой стороны, «аргумент без доказательства в его поддержку – совсем не аргумент»¹. Поэтому судьям следует напомнить все доказательства, которые были представлены и исследованы в суде и нашли подтверждение в ходе судебного следствия. Оратору надо заботиться о восстановлении в умах судей связей между доказательственным материалом и своими суждениями. Окончательно сформировать доказательственную текстуру. Красной нитью должна проходить через все судебное следствие связь между утверждениями прокурора, проявляемыми постепенно при обращении к судьям по поводу происходящего в суде, и представляемыми на суд доказательствами².

Добросовестный юрист должен быть «нотариусом» фактов, которые были установлены в ходе судебного следствия. Однако добросовестность в изложении фактов не исключает направленного освещения их. Речь аргументируется прежде всего посредством фактов. Эта строгость к доказательственной фактуре есть последовательность в речи обвинителя. Анализ и оценка доказательств должны отвечать требованиям объективности, беспристрастности, строгой обоснованности. Фальшь и натяжки будут заметны, подорвут доверие и к другим утверждениям обвинителя. Поэтому если в судебном заседании не подтвердились какие-либо обвинительные доказательства, обвинителю следует прямо признать это³. Доказывание должно быть индивидуальное, конкретное, считающееся лишь с впечатлениями от данного случая. Не следует допускать в доказывании никаких обобщений, нужно стоять единствен-

¹ Бернам У. Судебная адвокатура / У. Бернам, И.В. Решетникова, А.Д. Прошляков. – С. 155.

² См.: Владимиров Л.Е. *Advocatus miles*. – С. 155.

³ См.: Поддержание государственного обвинения в суде с участием присяжных заседателей: Научно-практическое пособие. – С. 180.

но на почве данного случая. Общие теоретические положения о силе доказательств надо иметь в виду, но приводить их в речи единственно в виде данных рассматриваемого случая¹.

Понятно, что эффективность демонстрации доводов в судебной речи будет тем выше, чем эффективнее была работа по представлению доказательственных фактов на судебном следствии. Судья уже должен быть предуготовлен, расположен к тем выводам, которые сделает обвинитель в своей заключительной речи. Правда, бывает и наоборот, когда в заключительной речи необходимо переломить негативное впечатление судей, сложившееся от неудачного представления доказательств обвинения, в свою пользу.

По поводу психолингвистических особенностей заключительной речи в условиях суда с участием присяжных заседателей исследователи обращают внимание на следующий момент. Обращаясь к присяжным, необходимо говорить простым, понятным языком. По возможности не следует употреблять специальной (юридической) терминологии. При произнесении речи нужно менять интонацию. Важным моментом, оказывающим влияние на восприятие обвинительной речи аудиторией, является громкость и отчетливость ее произнесения. Так, П. Сергеич отмечал: «Негромкие и неотчетливые речи кажутся просто робкими; является представление, что говорящий сам не уверен в ценности своих слов и верности своих юридических соображений. Напротив того, умеренно громкая, отчетливая речь, если только в ней не сквозит излишней самоуверенности, сразу располагает залу в пользу оратора и внушает присяжным, что его следует слушать внимательно»².

Таким образом, юрист должен стараться быть кратким, но так, чтобы это не шло во вред убедительности, ясности и полноте. «Немногословная в отдельных своих частях, сжатая по форме, судебная речь в общем не должна, однако, быть слишком сжа-

¹ См.: Владимиров Л.Е. *Advocatus miles*. – С. 166.

² Сергеич П. *Уголовная защита. Практические заметки*. – С. 241.

тою, а достаточно продолжительною, во всяком случае настолько продолжительною, чтобы слушатели могли подпасть под влияние оратора и стать податливыми ко внушению его»¹. Говорить надо настолько долго, чтобы подчинить себе волю и мысль слушателей. Короткою речью нельзя достигнуть внушаемости слушателей, их нужно несколько утомить².

Важное значение для оратора имеет его внешний вид, жесты и мимика. Манера держаться на суде оказывает немаловажное влияние на суд. Чем приятнее внешность и движения оратора, тем приятнее для слушателей. Для государственного обвинителя обязательна форменная одежда. Во время выступления поза его должна быть уверенной. Он должен контролировать выражение своего лица. Допустима умеренная жестикуляция. Важен визуальный контакт с аудиторией, поэтому рекомендуется в продолжении речи смотреть присяжным в глаза.

Заключительный момент аргументации – это предусмотренный частью 6 статьи 292 УПК РФ обмен репликами. Использование реплики дает аргументатору возможность разобрать возражения оппонента, сконцентрированные в его речи, и таким образом возразить против его заключительных доводов и акцентировать свое утверждение. О важности этого отмечается в литературе³. Отказ воспользоваться своим правом на реплику во многих случаях означал бы согласие с позицией и действиями противника, что неминуемо приведет к подрыву собственной позиции. Отвечать противнику-обвинителю следует кратко, емко, по существу. Как отмечал Л.Е. Владимиров, в репликах стороны, избавившись от разных украшений, свойственных первым речам, вступают в настоящий бой доказательствами и аргументами. Силы сторон разворачиваются с особой энергией и нередко реплики играют даже более важную роль, чем первые речи⁴.

¹ Владимиров Л.Е. *Advocatus miles*. – С. 155.

² См. там же. – С. 191.

³ См.: Поддержание государственного обвинения в суде с участием присяжных заседателей: Научно-практическое пособие. – С. 139–140.

⁴ См.: Владимиров Л.Е. *Advocatus miles*. – С. 187.

Итак, мы дали общую картину аргументации на суде, в ее структуре и расположении. Есть необходимость связать этот материал с заключительной частью нашей работы, посвященной анализу понятия истины. По-видимому, мостиком, соединяющим средства доказывания и их результат, будет проблема вероятности. Здесь уместно привести слова Вигмора: «И наша моральная обязанность (в суде) состоит в том, чтобы достигнуть веры, соответствующей доказательственным фактам; следовательно, не допустимо для нас, чтобы рассмотреть нашу веру, как не являющуюся столь же заслуживающей доверия, как это могло быть. Почему там есть такая опасность ненадежности? Потому что вера является просто умственной. Это отличается от внешней действительности, или действительного факта (actual fact)»¹. Следовательно, приближение нашей веры к правильному представлению о действительном факте будет зависеть от того, как полно данные для того факта вступили в умственное формирование нашей веры.

Вероятность факта принадлежит нашему уму. Различные умы могут расценить тот же самый случай в то же самое время с широко различными степенями вероятности. Что же позволяет нам перейти от веры частного ума к объективной истине приговора? Каким может быть объяснение этого?

В качестве предпосылки для дальнейших рассуждений, которые будут осуществляться в заключительной главе нашей работы, можно сделать такое замечание по поводу доказывания истины в суде. Вопреки расхожему мнению «доказать – не значит убедить»², истину в уголовном процессе мало установить, ее необходимо доказать, обосновать в суде, даже при наличии противодействия со стороны тех, кому установление истины невыгодно. Мы всецело разделяем это положение. Залог успеха аргументации состоит именно в осознании этого момента субъектом аргументации.

¹ Wigmore J.H. The Science of Judicial Proof. – P. 32.

² Панасюк А.Ю. Как убеждать в своей правоте. Современные психотехнологии убеждающего воздействия. – М., 2002. – С. 304.

Глава 3

Истина в уголовном судопроизводстве

§ 1. Природа истины в уголовном судопроизводстве

Все достоверно о неизвестном.

Леонид Леонов

Мы подошли к заключительному и главному вопросу нашего исследования, всю предыдущую часть которого в принципе можно было бы считать лишь подходом, подготовкой к ответу на него. Мы говорили о средствах доказывания, о доказывании, теперь надо сказать о его цели. Но как, наверное, заметил читатель, проведенный анализ отчасти уже предварил многие рассуждения, которые были бы уместны в данном параграфе. Ведь не только цель определяет средства, существует и обратная связь. Фактически мы уже сказали самое главное о том, что следует понимать под результатом доказывания в уголовном процессе. Все сказанное о доказательствах, доводах, в том числе по вопросам вероятности и достоверности, остается только развить, дополнить в этом и последующем параграфах. Мы уже сказали, что доказательство – это вероятное знание. Таким образом, мы связаны в понимании природы судебной истины выбором своей позиции, сделанном в начале данной работы. А раз так, то наш читатель легко предугадает исход нашего движения на заключительном этапе исследования. *Вероятным может быть доказано только вероятное.*

Сказанное не означает, что вопрос о природе уголовно-процессуальной истины не имеет самостоятельного значения и полностью исчерпан анализом средств доказывания. Вовсе нет. Вопрос об истине как цели уголовно-процессуального доказывания

имеет особое теоретическое и прикладное значение. От его решения зависит не только архитектура доказывания, но вообще структура и форма судопроизводства. Концепт истины – ключевой элемент определенной процессуально-правовой идеологии. Поэтому объективности ради мы должны представить весь спектр воззрений по этой проблематике, которые имеются в уголовно-процессуальной науке. Кроме того, попытаемся прокомментировать эти подходы в свете эпистемологии, русской культурной традиции.

Осуществление обзора ключевых подходов к пониманию природы истины, которые сложились в отечественной процессуальной науке, облегчит монография Е.А. Карякина, где впервые в отечественной процессуальной науке была предпринята попытка систематизации концепций истины, и тем самым стало возможным более четко представлять суть взглядов того или иного автора.

По мнению Е.А. Карякина, следует иметь в виду три основные концепции истины: соответствия, когерентности и прагматичности¹. Классическая (корреспондентская) концепция истины предполагает, что истина – это соответствие знания действительности. Истинными являются высказывания (а вслед за ними также чувства, мысли, интерпретации), которые соответствуют действительности. Истоки этой концепции лежат в античной философии (Сократ, Платон, Аристотель), она с самого начала противопоставила себя произволу софистики в обращении со словами и утвердила моральный долг каждого, кто доказывает, стремится к истине.

Примером может служить следующая характеристика истины, сделанная Платоном:

«Сократ. Если бы тебя спросили: «Бывает ли, Горгий, вера истинной и ложной?» – ты бы, я полагаю, ответил, что бывает.

Горгий. Да.

Сократ. Ну а знание? Может оно быть истинным и ложным?

Горгий. Никоим образом!

¹ См.: Карякин Е.А. Формирование истинности приговора в состязательном судебном производстве.

Сократ. Стало быть, ясно, что это не одно и то же.

...

Сократ. Какое же убеждение создается красноречием в судах и других сборищах о делах справедливых и несправедливых? То, из которого возникает вера без знания или из которого знание?

Горгий. Ясно, Сократ, что из которого вера»¹.

В формулировке Аристотеля «говорить о сущем, что его нет, или о несущем, что оно есть, значит говорить ложное; а говорить, что сущее есть и несущее не есть, – значит говорить истинное»².

Как указывалось нами в параграфе, посвященном познанию и пониманию, эта рационалистическая традиция нашла свое развитие в трудах великих мыслителей (Бэкон, Локк, Декарт, Маркс, Ленин и др.), и на ней сформирована классическая теория доказательств уголовного процесса.

Е.А. Карякин отмечает, что классическая концепция истины (объективной) дополняется лингвистической – референтной концепцией истины, суть которой в сочетании материальной адекватности и формальной корректности утверждения о действительности. Он также указывает, что иногда в языке и производных от него – лингвистических явлениях видят препятствия для установления объективной истины³.

Языковой аспект с некоторых пор стало модно разрабатывать с целью обоснования нигилистических взглядов относительно истины. Для истории мысли это не ново: объяснение природы истины как продукта речевой деятельности – судебной речи также имеет истоки в античности. Постмодернистские выводы, развиваемые в рамках языковой концепции истины, опираются на интерпретацию понятия «логос»⁴.

¹ Платон. Горгий, 454de, 455.

² Аристотель. Сочинения: В 4 т. – М., 1975. – Т. 1. – С. 141.

³ См.: Карякин Е.А. Формирование истинности приговора в состязательном судебном производстве. – С. 26, 28.

⁴ Logos (в дословном переводе значит «слово», «речь») концептуализировал для греков инструмент поиска истины и справедливости путем обдумывания и обсуждения, проговаривания соответствующих проблем.

Так, по мнению М. Хайдеггера, функция логоса лежит в простом давании видеть нечто. Поскольку логос есть давание видеть, постольку он может быть истинным или ложным. Конструкция понятия истины в смысле «соответствия» в данном случае не подходит. «Истинность» логоса подразумевает: изъять сущее, о котором речь, из его потаенности и дать увидеть как непотаенное, раскрыть. Равно быть лживым значит то же, что обманывать в смысле скрывать: выставить что перед чем, по способу давания видеть, и тем самым выдать это за что-то, что оно не есть¹. С точки зрения немецкого философа, истина и речь принадлежат к основоустройству человеческого экзистенциала. Экзистенциально понятый способ бытия истины означает не что иное, как то, что истина возможна только в субъекте и с его бытием стоит и падает. Вывод об экзистенциальной основоструктуре речи и истины означает, что мы не можем подходить с метафизическими мерками к раннему греческому мышлению. Современная общепринятая «теоретико-познавательная» проблематика разворачивает интерпретацию понятия «истина» в субъективно-объективном аспекте: истина состоит в согласованности суждения (знания) со своим предметом (объектом). Истина в метафизике имеет значение чего-то непреходящего, вечного, которое не может основываться на мимолетности и бренности человеческого существа. Между тем, как считал М. Хайдеггер, истинность имеет никак не структуру согласованности между познанием и предметом в смысле приравнивания одного сущего (субъекта) к другому (объекту). Истинность значит *быть-раскрывающим*². Истина значит открытость: она открывается как свобода. Всякое открытое отношение парит в сфере допущения бытия сущего и всякий раз соотносится с тем или иным сущим. *Бытие-истинным* логоса – давать видеть, изымать из потаенности – сущее в его раскрытости³. Быть истинным значит *быть-раскрывающим*, то есть быть истинным относительно определенному контексту.

¹ См.: Хайдеггер М. Бытие и время. – С. 32, 33.

² См. там же. – С. 218, 219.

³ См. там же. – С. 219.

Только потому, что истина и неистина в сущности не безразличны друг другу, а связаны друг с другом, истинное предложение может вообще обойти остроту противоположности и соответственно перейти в неистинное предложение. Вопрос о сущности истины достигает поэтому первоначальной сферы того, о чем спрашивается, только тогда, когда при учете всей полноты сущности истины в раскрытии сущности включается также проверка неистины. Последнее является существенным моментом при определении достаточности основания для постановки вопроса о сущности истины¹.

Надо понимать, что современные вариации некоторых авторов на тему о том, как язык сказывается на природе судебной истины, исходят из весьма вольно интерпретируемых представителями постмодернизма (Ж. Деррида, Ж. Делеза и др.) текстах античных писателей, причем преимущественно тех, кто примыкал к софистам.

Напомним, еще Сократ утверждал, что риторика как практическое искусство должно опираться не столько на знание и истину, сколько на мнение, пользу и целесообразность. Мастерство убеждения состоит во внушении веры, а не знания. Горгий и Тисий усматривали, что «вероятное должно предпочитаться истинному» и благодаря силе заставляли «казаться малое великим, великое малым, новое старым, старое новым»².

Проблема верификации для софистов, старых и новых, перемещается из сферы соответствия утверждения реальному положению вещей в сферу соотношения одних утверждений с другими и так до бесконечности, вплоть до утраты различия между истиной и ложью («истина есть ложь, выданная за истину»)³.

Между тем мы должны говорить о необходимости учения, в котором бы речь выступала средством выяснения истины, а не только достижения успеха. Язык не помеха, а орудие познания истины.

¹ См.: Хайдеггер М. Бытие и время. – С. 19, 20.

² Платон. Федр, 267в.

³ См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 168.

Надо сказать, что именно это понимание позитивной роли языка, а не учения типа софистики, является коренным, внутренне присущим правосудию. В законах Ману (между II в. до н. э. и II в. н. э.) утверждалось, что «все вещи определяются словом, имеют основанием слово, произошли от слова, кто же нечестен в речи, нечестен во всем»¹.

В отличие от софистов у философов слово рассматривалось как опора разума и знания о вещах и их существовании: «...Для каждой существующей вещи есть свои слова»², и «никто не может выявить в слове того, что не существует»³. В смысле слова Сократ (и Платон) видит концентрацию мудрости древних предков, которые его изобрели для передачи своих наблюдений над связями между вещами⁴. По мнению Сократа, говорить неправду не просто нехорошо, но и недостойно свободного человека, даже если эта неправда украшена цветистыми речами. «Ум мой блуждает далеко и не внемлен красивым словам... все это пышные и блестящие фразы, истины же в них нет»⁵. В диалоге «Кратил» Сократ утверждает, что следует рассуждать не о правильности, а об истинности речей⁶. Правильнее считать, что «сами вещи имеют некую устойчивую сущность», «безотносительно к нам и независимо от нас»⁷, а имя есть только «орудие обучения и распределения сущностей»⁸. Тем самым впервые ставится проблема референции – соответствия слова (знака) и вещи (обозначаемого), и ее решение связывается с наличием или отсутствием существования вещи, а не произволом⁹.

¹ Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран / Под ред. З.М. Черниловского. – М., 1984. – С. 32.

² Платон. Евтидем, 285e.

³ Платон. Евтидем, 286a.

⁴ См.: Платон. Кратил, 401 1b.

⁵ Платон. Аксиох, 369d.

⁶ См.: Платон. Кратил, 385b.

⁷ Платон. Кратил, 386e.

⁸ Платон. Кратил, 388e.

⁹ См.: Зархина С.Э. Античные истоки философской юрислингвистики // Юрислингвистика – 9: Истина в языке и праве: Межвузовский сборник научных трудов / Под ред. Н.Д. Голева. – Кемерово; Барнаул, 2008. – С. 9.

Е.А. Карякин заключает, что референтная (языковая) концепция истины, внутренне согласованная с учением об «объективной истине», испытывает на себе воздействие ценностных элементов, носящих социально-правовой и социально-политический характер¹. Он пишет, что следует опираться на классическое понимание истины, но не пренебрегать и «нетрадиционными» концепциями истины. При всей привычности, традиционности и распространенности классического подхода его нельзя рассматривать как единственно верный. Истина по делу именно «формируется»².

С таким подходом нельзя не согласиться. На самом деле, вряд ли можно искать опору судебной истины где-либо еще, кроме как в действительности. И в то же время как не учитывать языковой, идеологический, нравственный и прочие моменты, которые всегда привносятся в деятельность людей, которые преследуют свои интересы и одновременно хотят справедливости. Уголовное судопроизводство – это деятельность, опосредующая применение уголовного права, в ней переплетены интересы личности, общества; истина не может не быть ценностным, языковым, психологическим явлением. На доказывание по уголовному делу неизбежно влияет правовая идеология, то есть система предпочтений в пользу частного или публичного начала. Истина является результатом судоговорения – так говорят некоторые юристы. Это тоже верно. Считать доказывание познавательной деятельностью, происходящей вне речевой деятельности, конечно, нельзя. Далее, где есть интерес, там всегда есть борьба, всегда усложняется, откладывается выяснение истины, у каждой стороны «своя правда», но есть и то, ценность чего признают все – истина, справедливость, добро.

Нельзя не сказать и об этимологии слов «истина» и «правда» в контексте русской культуры. Европейские языки не отличают

¹ См.: Карякин Е.А. Формирование истинности приговора в состязательном судебном производстве. – С. 28, 29.

² См. там же. – С. 17, 219.

правды от истины, а у нас противопоставление истины правде в том или ином смысле наблюдается.

В.И. Даль дает такое соотношение истины и правды: «Истина – противоположность лжи; все, что верно, подлинно, точно, справедливо, что есть (все что *есть*, то *истина*; не одно ль и то же *есть* и *естина*, *истина*?); ныне слову этому отвечает и *правда*, хотя вернее будет понимать под словом правда: правдивость, справедливость, правосудие, правоту. Истина от земли, достояние разума человека, а правда с небес, дар благостыни. Истина относится к уму и разуму, а добро или благо, правде и воле. Встарь истина означала также *наличность, наличные деньги*, ныне *истинник* м. капитал», а «правда – истина на деле, истина во образе, во благе; правосудие, справедливость»¹.

В романских языках слова, обозначающие эти понятия (truth – англ., wahrheit – нем., ver Paid – итал., vérité – фр.), восходят к латинскому слову *veritas*, имеющему несколько значений: 1) «правда, истина», 2) «действительность», 3) «правдивость, искренность», 4) «правила, норма»². В греческих текстах Библии этим значениям, кроме последнего, соответствовало слово «ἀλήθεια», которое славяне перевели словом истина³. Согласно Новому завету ложь противопоставлена не правде, а истине: слово (логос) содержит в себе истину. Представление об истине формировалось, отталкиваясь от смысла образцовых текстов, прежде всего Библии: Церковь – столп истины.

П.А. Флоренский указывает, что русское слово «истина» близка глаголу «есть». «Так что «истина» согласно русскому о ней разумению, закрепила в себе понятие абсолютной реальности: Истина – «сущее», подлинно-существующее... то есть владеющее

¹ Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. – М., 1955. – Т. 1. – С. 60.

² См.: Флоренский П.А. Столп и утверждение истины // Флоренский П.А. Сочинения: В 4 т. / Общ. ред. игумена Андроника. – Т. 1. – Ч. 1. – М., 1996. – С. 15.

³ Философы термином «алетейя» («a-letheia») обозначают то, что греческое мышление понимало под истиной как внутреннем откровении, как несокрытости.

существенным условием жизни и существования»¹. Это религиозно-этическое понимание истины в корне отличало ее от рационалистического истолкования, поскольку здесь «истина не есть какое-то соответствие чего-то с чем-то, как думает рационализм, превращая при этом субъект и объект познания в двух меонов. Истина онтологична. Познание истины мыслимо только как осознание своего бытия в Истине»².

Впрочем, современные этимологи отрицают связь исходного корня -ист- с глаголом es – «быть», а связывают его с латинским *iste* – «тот же (самый)»³. Истина «это «действительность», данная как «законность» или как «справедливость». Истина одна и единая – на это указывает и суффикс единичности -ин(а)⁴.

Славянское слово «правда» было связано с *судебным разбирательством, правосудием* (Правда Русская), то есть отражает интересы («пользу») сиюминутной борьбы взглядов, но в то же время с *благодатью* («правда» всегда *Божья*, она выше истины, «правда растет за счет истины»). Как отмечает В.В. Колесов, «*правда* собирательна, и суффикс -ьд(а) выражает этот смысл соборности правды, которая у каждого своя. Исконное значение корня тут «прямой, ровный», то есть (по сути) *правильный*»⁵.

Ф.И. Буслаев говорил, что «истина от истый – тот же самый, это научное понятие, а правда – нравственное, и все праведное есть истинно»⁶. Существует неразрывная связь представлений об истине и правде, причем справедливость всегда связана с правдой, а не с истиной. «Понятие о «правде» связано с действиями души и духа, отражает не логику мысли, а Логос Духа. Правда божественна, идеальна, истина же всегда земная, всегда при тебе – это земное воплощение правды, «капитал», с каким начина-

¹ Флоренский П.А. Столп и утверждение истины. – С. 15, 17.

² Там же.

³ См.: Колесов В.В. Истинная правда // Слово и дело: Из истории русских слов. – СПб., 2004. – С. 523.

⁴ См. там же. – С. 524.

⁵ Там же.

⁶ Цит. по: Колесов В.В. Истинная правда. – С. 527.

ют всякое дело. Правда – воплощение благодати. Истины в суде не искали, за ней не ходили в далекие края, во имя истины не погибали – все это совершали только во имя Правды. Истина противопоставлена лжи и обману; правда же – кривде. «Неистины» быть не может, поскольку истина всегда объяснима, – «неправда» встречается, но только как извращение «правды». Истина пребывает в известном пространстве, правда – во времени, это мечта, идеал – бытие, а не быт. Насколько можно судить по диалектным, этнографическим и историко-культурным материалам, подобное представление о «правде» и «истине» присуще восточным славянам до сих пор. Оно отражает сложившееся в глубокой древности противопоставление правды – истине»¹.

Правдоподобие – это еще область правды, ее образ и подобие. И наиболее правдоподобно то, что ближе всего к знакомому, обычному, повседневному; правдоподобие – не просто сходство с правдой, но подобие правды. Славянофилы отрицали возможность постижения истины через отдельные познавательные способности человека, будь то чувство, разум или вера. Только цельный ум, согласованный с законами разумного сущего, открывает путь к истинному знанию, достижение которого осуществляется на основе слова, имеющего синтетическую природу. В языке они видели средство универсализации национальной духовности, которое логично выводилось из целостного характера знания, синтетических свойств слова. Познание представляли как процесс, в котором «вера и знание органически синтезируются». Логическое, рациональное дополняется «гиперлогическим» и сверхнаучным².

В мыслительном пространстве русской ментальности происходило наложение славянского представления о «правде» как справедливости на христианское понятие об «истине» как действительности; правда этическая, истина существенна. Например,

¹ Колесов В.В. Истинная правда. – С. 525.

² См., например: Катков В.Д. К анализу основных понятий юриспруденции. – С. 47, 211.

Божий Суд – это все-таки правда, которая только в судебном разбирательстве может принять форму «истины». Истина связана с интеллектуальной, а «правда» с этической стороной.

Так, Л.М. Карнозова пишет: «Похоже, что присяжных больше интересует правда, а не истина»¹. Похоже, что вообще при оценке людьми поведения других людей приоритет должен отдаваться морально-этическим, а не рациональным критериям. «Не потому, что истина целенаправленно отвергается, а потому что такова природа человеческого поступка»².

«Правда всегда содержит зерно истины – без этого она не может быть правдой», однако «знание, рассмотренное субъектом только под углом зрения соответствия существующему положению вещей, то есть как истинное или ложное описание реальности, не может стать для него основанием совершения поступка. Мы решаемся на конкретный поступок после ценностно-нормативной оценки знания, установления его соответствия нашим представлениям о должном – допустимых и возможных способах поведения человека в обществе»³.

Как уже говорилось в параграфе первом второй главы, деятельность судьи по установлению фактов и истины по делу мы характеризуем не только в свете понятия познания, но и понимания, за которым стоит не только смысловое воссоздание внешней событийной фабулы, не только реконструкция «факта», но попытка проникновения во «внутреннюю его сторону», достраиваемую исходя из собственных жизненных представлений о добре и зле, должном и противозаконном, понимания личности подсудимого⁴. Как отмечает В.В. Знаков, «истину мы познаем, а правду понимаем»⁵.

Ввиду всех этих обстоятельств (языковых, культурных, ментальных, цивилизационных) неизбежно надо делать учение о су-

¹ Карнозова Л.М. Возрожденный суд присяжных. – С. 115.

² Там же.

³ Там же.

⁴ См. там же. – С. 115, 116.

⁵ Цит. по: Карнозова Л.М. Возрожденный суд присяжных. – С. 96.

дебной истине возможно более синтетическим, комплексным: расширить его за счет дополнительных теорий, объясняющих явления, сопровождающие установление объективной истины по делу. Совершенно понятно, что истина в правосудии не может быть полностью уподоблена истине в математике или физике. Наверное, имеет место сложное сочетание моментов инстинствования, убеждения в правдоподобию доказываемых утверждений и уверования в справедливость того, что принимается за истину. *Истина должна быть правдоподобной, но правда – истинной.* Очевидно, что правосудный приговор должен сочетать в себе рациональную истину и этическую правду. Если истина может быть формально правильной с юридической точки зрения, рационально верифицируемой, а, соответственно, ложь есть несоответствие выражения к означаемому им предмету, правда есть «общая совесть людей»¹ и абсолютной правды нет. Нельзя сводить всю проблематику судебной истины к соотношению полученного знания «действительности». В частности, нельзя игнорировать когерентную концепцию истины, которая подключает к определению истинности иные ресурсы. Когерентность определяют как сцепление и непротиворечивость высказываний. В основу концепции когерентности входит то, что установление истины или заблуждения требует интерпретации. Отдельные суждения приобретают смысл лишь в системе суждений. При использовании сложных, многоуровневых логических конструкций необходимо учитывать последовательность, системность и взаимную связь суждений. В этой связи говорят о когерентной концепции истины. В уголовно-процессуальной науке данный подход иногда имеет форму концепции процессуальной истины, которая соответствует не объективной действительности, а каким-то заранее заданным условиям, правилам, стандартам, правильность которых постулируется.

Для уголовного процесса характерна системная организация знаний. Системное качество нельзя рассматривать как простую

¹ Цит. по: Колесов В.В. Истинная правда. – С. 531.

сумму элементов; это особое качественное состояние. Истина (истинное знание) это система взаимосвязанных и взаимозависимых утверждений. Здесь уместно упомянуть о теории когерентности истины, согласно которой мера истинности высказывания определяется его ролью и местом в некоторой концептуальной системе¹. В свете этой теории заключение о том, что суждение истинно или ложно, означает утверждение, что оно когерентно или некогерентно системе других суждений, является или не является частью такой системы. Более того, отдельные высказывания приобретают смысл лишь в системе высказываний. Под когерентностью судебной истины надо понимать сцепление и непротиворечивость окончательного высказывания о доказанности виновности обвиняемого с другими высказываниями, как в контексте данного процесса, так и в метаконтексте. Применительно к уголовному судопроизводству когерентная система высказываний, описывающих произошедшее преступление и поведение лица, обвиняемого в его совершении, не должна иметь противоречий.

Концепция, в которой критерием истинности выступает практика, называется *прагматической концепцией истины*. Надо на деле, в действии проверять суждения на истинность и ложность. «Противопоставление истины и лжи имеет прагматические основания и обусловлено природой человека как субъекта познания, с одной стороны, и как субъекта речи – с другой. Истина вызвана к жизни спецификой человека, его сознания, его мира. Условия ее возникновения в известном смысле прагматичны. Истина – это попытка преодолеть прагматику земного бытия, поставить субъекта познания во внешнюю по отношению к нему позицию, чтобы затем вновь погрузить истину в поток жизни и положить в основу человеческой деятельности»². Истина живет в постоянной борьбе. Она стремится преодолеть несовершенство познания мира человеком и субъективные свойства его восприятия. Ее враг

¹ См.: Лебедев М.В. Онтологические проблемы референции / М.В. Лебедев, А.З. Черняк. – М., 2001. – С. 58.

² Арутюнова Н.Д. Язык и мир человека. – М., 1999. – С. 545.

не только прагматика земного бытия, но и прагматика повседневного общения между людьми. Ей столь же необходим, как и враждебен, сам язык, ибо он лукав и неопределен. В нем отложилось лукавство человека. Ему трудно выразить истину. В нем много туманных понятий. Но сложна и сама реальность, о которой говорит язык. Она изменяется во времени. Ее грани неисчислимы. Знания человека о ней неполны. В этих условиях язык развивается одновременно в двух противоположных направлениях: одно из них определено стремлением к максимально полному и точному выражению истины, другое – желанием ее утаить, отстранить от себя или прикрыть ее лицо маской правдоподобия¹.

В уголовно-процессуальной науке рассматриваемая концепция может иметь вид конвенциональной концепции истины, то есть когда стороны, участники процесса открыто или по молчаливому уговору считают возможным признать что-либо истинным из прагматических соображений. Наивный утилитаризм иногда берет верх при осмыслении цели правосудия, применения права. В таком случае и доказывание понимается как средство легализации расправы, скажем, над «классовым врагом» или обеспечения управляемости обществом. Мы имеем в виду не только ранние советские опыты в области процессуальной науки². Тайер, скажем, также утверждал, что юридическое доказывание фактов является прежде всего искусством, и оно в основном связано с отправлением правосудия, а не с поиском правды; скорее сам поиск правды зависим от этой главной цели; правосудие же развивается по своим собственным принципам и правилам, растущим из логики отношения сторон друг к другу и к суду. Суд при осуществлении правосудия имеет в виду цели, достижение которых обусловлено, например, потребностями, с одной стороны, поддержания собственности и древних прав, соблюдения форм и прецедентов, а с другой стороны, приспособления процедуры

¹ См.: Арутюнова Н.Д. Язык и мир человека. – С. 545.

² См., например: Стучка П.И. Правосудие нового строя // Известия ВЦИК. – 1918. – № 102. – 23 мая; Крыленко Н.В. Судостроительство РСФСР: Лекции по теории и истории судостроительства. – М., 1923. – С. 15, 16, 17.

правосудия к актуальным, практическим запросам; правосудие обращается к смыслу судьи и человечества; оно действует из необходимости принятия решения и совершения действия некоторого вида; оно практически ограничено временем; исходит из практических требований здравого смысла; из накоплений опыта в проведении судопроизводства. Все указанные главные особенности юридического доказывания по своей природе есть разумные договоренности по поводу приспособления процесса к его специфическим предметам и специфическим целям¹.

В свое время советские специалисты много и с негодованием цитировали американских прагматиков². «Истинное, кратко говоря, – это только выгодное в области нашего мышления, так же как право – это только выгодное в области нашего поведения»³. Но вот ввели же в российское уголовно-процессуальное право институт сокращенного судебного разбирательства (глава 40 УПК РФ) и есть проект довести его полностью до американского образца⁴. Что это как не торжество прагматизма?

Значит, мы не можем отвергнуть полностью ни одну из теорий, показавших свою пригодность для объяснения закономерностей уголовно-процессуального доказывания истины. То, что казалось совсем недавно невозможным, крамольным, с течением времени оказывается вполне приемлемым. И наоборот. Можно согласиться с тем, что различные концепции истины могут сочетаться, дополнять друг друга, однако это не означает их равнозначность во всех возможных ситуациях и для всех субъектов⁵.

Материалистическая философия в своей основе имеет положение о том, что материальный мир познаваем, и знание, проявляю-

¹ См.: *Thayer J.B.* A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law. – P. 260.

² Правильнее говорить о школах реалистов, инструменталистов (Джемс, Дьюи), которые действительно имели происхождение от учения Ч. Пирса, хотя упростили и даже исказили его взгляды.

³ Цит. по: *Трусов А.И.* Основы теории судебных доказательств. – С. 19.

⁴ См.: *Куликов В.* Сделка с правосудием // Российская газета. – 2009. – 4 февраля.

⁵ См.: *Стародубова Г.В.* Методы и управление процессом установления истины в уголовном судопроизводстве. – С. 56.

щее себя в форме высказывания, будет истинным тогда, когда соответствует объективной реальности. Как реальность не зависит от нашего знания о ней, так и истина может быть только одна – та, которая соответствует этой реальности¹. В целом мы считаем правильным такой подход. Как уже отмечалось, отрывать факты от их реальных прообразов и сводить все доказывание к оперированию логическими конструкциями было бы неправильным. Безусловно, надо искать соответствия судебного знания реальному событию, ставшему предметом уголовно-процессуального доказывания или уголовно-правового спора. Очевидно, что все идеалистические, метафизические спекуляции насчет объективности истины проистекают из преувеличения значимости второй концепции, которая при игнорировании первой и третьей приводит к отрыву истины-знания от связи с объектом, с практикой. Она заботится только о формальной правильности высказываний, то есть правильности в плоскости языковых конструкций, проблема истины становится проблемой правильности высказывания, а надо ставить вопрос об истинности реальной, референтной, то есть такой, которая соответствует действительности. Далее мы покажем, что концепция так называемой формальной истины как раз проистекает из второй концепции, тогда как ее, на наш взгляд, можно принимать только в качестве факультативного момента, не отрицающего, а дополняющего требование о необходимости соответствия знания реальному положению вещей. Очевидно, концепция когерентной истины (правильности высказываний) прежде всего актуальна при доказывании-обосновании, аргументации.

Но и третья (прагматическая) концепция, взятая изолированно от других концепций, может сформировать неправильную уста-

¹ См., например: *Строгович М.С.* Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности. – М., 1984; *Мотовиловкер Я.О.* О принципах объективной истины, презумпции невиновности и состязательности процесса. – Ярославль, 1978; *Теория доказательств в советском уголовном процессе / Отв. ред. Н.В. Жогин.* – М., 1973; *Мухин И.И.* Объективная истина и некоторые вопросы оценки судебных доказательств при осуществлении правосудия; *Полянский Н.Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса. – М., 1956; и др.

новку на доказывание: ради выигрыша дела, ради практического результата любой ценой, ради достижения сиюминутной конъюнктурной (политической) выгоды, целесообразности. Мы считаем, что специфика процессуальной деятельности делает возможным комплексное применение всех трех концепций, хотя методологическую основу должна составлять именно классическая, рациональная концепция «объективной истины». Как пишет Е.А. Карякин, «философской базой познания и доказывания по уголовному делу должно стать учение, объединяющее в себе положение об истине как о точном соответствии устанавливаемого события действительности; об истине как о соглашении между сторонами по поводу устанавливаемого события; об истине как о результате процессуальной (формальной) деятельности сторон и суда. Условно, мы получаем определенный конгломерат... концепций объективной, конвенциональной и процессуальной истин в уголовном судопроизводстве»¹.

Между тем среди тех, кто стоит на материалистической позиции, могут быть различия в понимании природы судебной истины. Основное разделение проходит между приверженцами концепции объективной истины в её абсолютной трактовке и теми, кто утверждает, что уголовно-процессуальная истина является вероятным знанием о событии, ставшем предметом исследования суда. Так было раньше, так продолжается и сейчас.

Скажем, среди дореволюционных ученых было много тех, кто разделял тезис о возможности и необходимости установления «материальной» истины по уголовным делам². Так, по мнению С.В. Познышева, уголовный суд для того, чтобы наказание пора-

¹ Карякин Е.А. Формирование истинности приговора в состязательном судебном производстве. – С. 120.

² См.: Арсеньев К.К. Судебное следствие. – С. 114; Квачевский А. Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по Судебным уставам 1864 года. Теоретическое и практическое руководство. – СПб., 1866. – Ч. 1. – С. 46; Кистяковский А.Ф. Нуждается ли общественная безопасность в других наказаниях, кроме определяемых по суду? // Сборник государственных знаний / Под ред. В.П. Безобразова. – СПб., 1877. – Т. 4. – С. 159.

жало лишь виновных в совершении преступления (и в этом ученый видел цель уголовного суда), «должен стремиться в каждом судимом деле раскрыть объективную, материальную истину, то есть выяснить, каковы в действительности все могущие иметь значение для уголовной ответственности объективные и субъективные моменты подлежащих рассмотрению событий... Приговор уголовного суда должен вполне соответствовать обстоятельствам дела, как они сложились в действительности; он должен быть, так сказать, материально, а не формально истинен»¹. В.А. Рязановский писал о том, что стороны обязаны говорить правду и представлять действительно имевшие место факты, государство со своей стороны обязано представить суду необходимую власть для проверки судебного материала. Процесс приурочен к действительности, а не к фиктивным отношениям. Факты не допускают свободного распоряжения. Факты или верны, или неверны².

Характерно, что в подобном же духе высказывались как представители либеральных, так и консервативных воззрений. В.К. Случевский, И.Г. Щегловитов и прочие видные государственные деятели самодержавной России говорили о необходимости раскрытия истины³. Но и Г.С. Фельдштейн писал: «Цель уголовного процесса в том, что он стремится к раскрытию истины в смысле установления факта преступления и вместе с тем к определению вытекающих из него последствий»⁴.

В.А. Рязановский отмечал, что процесс должен быть так организован, чтобы суд мог установить действительное отношение между сторонами, найти материальную правду. Только такая организация процесса внушает уважение к закону и суду, укрепляет правовой порядок. Неправилен тот взгляд, согласно которому установление материальной истины связано с инквизиционным

¹ Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. – С. 29–30.

² См.: Рязановский В.А. Единство процесса. – С. 69, 70.

³ См., например: Щегловитов И.Г. Основные начала современного уголовного судопроизводства // Журнал Министерства юстиции. – 1903. – Кн. 9. – С. 129.

⁴ Фельдштейн Г.С. Лекции по уголовному судопроизводству. – С. 1.

процессом, который будто бы более пригоден для этого. Вовсе нет. Инквизиционный процесс не способствует открытию истины. И, напротив, обвинительно-состязательный (и чисто состязательный) уголовный процесс, ставя обвиняемого перед судом в положение равноправной стороны, способствует исследованию истины. Современное правовое государство не может рассматривать сторону в процессе, личность как объект исследования, личность в современном государстве не объект, а субъект права. С этим основным положением не может не считаться организация процесса, но это обстоятельство, отнюдь, не препятствует установлению материальной истины. Так же как право на иск в любом процессе имеет одну природу, также верховным постулатом всякого процесса является постулат материальной истины»¹.

Между тем совершенно очевидно, что под материальной истиной дореволюционные авторы понимали отнюдь не абсолютную истину. Говоря о соответствии судебного знания действительности, они чаще всего четко разделяли идеальное требование о достижении такого результата познания и фактически получаемый результат в конкретном уголовном процессе. Так, И.Я. Фойницкий считал, что решение суда должно соответствовать «действительной, материальной истине», однако «часто ввиду особенностей процессуального разбирательства суд достигает только истины формальной, условной, но тем не менее для всякого суда... обязательно стремление к истине материальной, безусловной»². Полагаем, что если соглашаться с возможностью принятия формальной истины в уголовном судопроизводстве, то необходимо четко определить условия допустимости, приемлемости такой формальности помимо наличия стремления суда к материальной истине.

В этом же духе рассуждал и В.К. Случевский: «О полной несомненности не может быть и речи в области судебного исследования, и в делах судебных судья вынужден, по несовершенству

¹ Рязановский В.А. Единство процесса. – С. 36, 37.

² Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. – Т. 1. – С. 9.

средств человеческого правосудия, удовлетворяться по необходимости более или менее высокой степенью вероятности»¹.

Многие процессуалисты, оставаясь в границах концепции материальной истины, не вдаваясь в агностицизм, проводили последовательно линию на то, что суд не имеет возможности установить с достоверностью и точностью обстоятельства совершения преступления и вынужден довольствоваться только лишь вероятностью, той или иной степени. Так, один из наиболее ярких представителей отечественной школы теории доказательств – Л.Е. Владимиров писал, что достоверность происшедшего факта констатируется путем расследования доказательств, поэтому весь уголовный процесс «есть не что иное, как способ эксплуатации этих доказательств, с целью восстановить перед судьей происшедшее событие, в наивозможно верных и подробных чертах»².

Указывая на невозможность достижения полной достоверности знаний по уголовному делу, Л.Е. Владимиров отмечал: «Уголовно-судебная достоверность есть такое стечение вероятностей, вытекающих из представленных на суде доказательств, которое способно привести судью к внутреннему убеждению в том, что прошлое событие, составляющее предмет исследования, имело место в действительности». И далее – «обыкновенно в делах судебных мы удовлетворяемся более или менее высокою степенью вероятности»³.

Еще более категоричен в своих выводах был В.Д. Спасович, который считал, что вся деятельность судьи направлена главным образом к тому, чтобы из частных следов, из последствий восстановить вероятную их причину⁴. Он писал: «Из несовершенства нашего наблюдательного снаряда, из недостаточности наших ор-

¹ Случевский В.К. Учебник русского уголовного процесса. Судоустройство – судопроизводство. – С. 397.

² Владимиров Л.Е. Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. – С. 92.

³ Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. – С. 36, 40–41.

⁴ См.: Спасович В.Д. О теории судебного-уголовных доказательств. В связи с судоустройством и судопроизводством. – С. 13.

ганов познавательных следует, что эта достоверность, которой человек добивается изо всех сил, не может быть безусловная, а только относительная. Наша достоверность только гадательная»¹. И наконец: «Наша достоверность только гадательная, наше искусство состоит только в том, чтобы из многих зол выбрать меньшее, из многих ошибочных путей, ведущих к открытию истины, избрать относительно вернейший, относительно меньше уклоняющийся от истины, представляющий меньше шансов заблуждениям»².

Были и авторы, которые в своих сомнениях относительно способности суда к установлению материальной истины пришли к концепции формальной истины, чьи основания искали уже не в соответствии с реальной действительностью, а в соответствии результатов судебного познания по конкретному уголовному делу неким другим, более общим знаниям, то есть признавали достаточными формальные критерии правильности утверждения суда о виновности или невиновности обвиняемого. Как отмечал Н.Н. Розин, «задачей уголовного суда является возможно точное и надежное установление всех элементов понятия виновности. В этом смысле теория говорит о том, что уголовный процесс должен стремиться к объективной или материальной истине», которая, однако, должна быть понимаема в весьма ограничительном смысле. И тот принцип, которым руководствуется суд в открытии истины, необходимо именовать «принципом не материальной, а юридической истины. Еще правильнее было бы назвать его, приближаясь к характеру состязательного процесса, принципом доказанности обвинения, так как обвиняемый предполагается невиновным, пока его вина не доказана в судебном порядке, — так как всякое сомнение толкуется в его пользу и так как главное бремя доказывания этой вины ложится на обвинителя»³. Л.Е. Владими-

¹ Спасович В.Д. О теории судебно-уголовных доказательств. В связи с судоустройством и судопроизводством. — С. 15–16.

² Там же.

³ Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство: Пособие к лекциям. — Пг., 1916. — С. 344–345.

ров в своей самой прагматической работе прямо пишет, что следует заботиться в первую очередь о том, чтобы вызвать то или иное убеждение судьи в правоте своего утверждения¹.

Правильное применение закона не тождественно установлению объективной истины. Уголовно-процессуальное доказывание включает в себя оперирование юридическими презумпциями, фикциями. Условности в виде юридических фикций, презумпций, процессуальных сроков, запрета на отправление правосудия свидетелям и прочего, которыми обставлен процесс познания в суде, — это все то, что позволяло Н.Н. Розину, Л.Е. Владимирову и другим говорить о вероятности суждения, содержащегося в судебном приговоре². «Юридическая правильность» и есть формальная истинность, зафиксированная в решении суда по уголовному делу³.

Таким образом, мы видим, что за немногими исключениями процессуалистов традиционно объединяет тезис о необходимости установления истины по делу, не ставить под сомнение важность стремления к истинному познанию обстоятельств дела.

Но одни признают возможность установления судом материальной, объективной истины, то есть презюмируют существование единой истины, той, которая соответствует действительности, независимо от частных мнений. Получается, что она ничем не отличается от научной, даже математической и должна быть соответственно верифицируема средствами формальной логики. Другие сомневаются в возможности этого, они исходят из здравого смысла, который подсказывает, что процессуальная истина, до сих пор была и в обозримом будущем останется истиной относительной, то есть вероятным, предположительным знанием о том, что было на самом деле.

Со времен античности существует представление о том, что в одной сфере человеческого знания возможно достижение абсо-

¹ См.: Владимиров Л.Е. *Advocatus miles*. — С. 157.

² См.: Розин Н.Н. Ложь в процессе // *Право*. — 1910. — № 48. — С. 2898; Владимиров Л.Е. Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. — С. 103.

³ См.: Розин Н.Н. Ложь в процессе. — С. 2899.

люточной точности математической демонстрации. В другой области знания, которая представляет собой эмпирическую область событий, абсолютная точность подобного рода невозможна. «Правдоподобно то, что кажется правильным всем или большинству людей или мудрым – всем или большинству из них или самым известным и славным»¹. В сфере, в которой нет абсолютной точности, критерием правильности является правильность, в которой нет причин сомневаться здравомыслящему человеку. Лорд Мансфелд так высказался по поводу судебной вероятности: «Поскольку математическая и абсолютная точность редко может быть достигаема в человеческих делах, разум и общественная польза требуют, чтобы судьи и все разумные люди при формулировании своего мнения об истине фактов руководствовались бы наибольшим числом вероятностей на одной стороне или другой»².

Нельзя не признать и правоту тех, кто сейчас утверждает, что главным критерием истинности судебного приговора является не его соответствие объективной реальности, а тем материалам, которые были установлены в суде. Судебные же факты, понимаемые как суждения, в свою очередь опираются на систему общих мест, то есть авторитетные суждения, которые всеми признаются истинными.

И наконец, есть незначительное число тех, кто не считает для себя необходимым связывать требование установления истины и фактически ставит во главу угла достижение цели (успеха) любыми средствами (то есть и сомнительными, и даже недостоверными сведениями о фактах). Такими были софисты. Если формально-юридическая (а по сути софистическая) позиция, спор с которой ведется на всем протяжении существования рационального познания и судебного доказывания, берется в отрыве от нравственного императива стремления к объективной истине и без методологической привязки к действительности, то становится

¹ Аристотель. Топика // Аристотель. Сочинения: В 4 т. – М., 1978. – Т. 2. – С. 349.

² Цит. по: Александров А.С. Перекрестный допрос в суде / А.С. Александров, С.П. Гришин. – С. 264.

ся не просто несостоятельной, но и вредной для теории уголовного процесса.

В наши дни, наполненные вроде бы сугубо практическими соображениями, спор о природе истины приобрел новое звучание¹. Наверное, всеобщая обстановка прагматизма, безверия усилила позиции сторонников третьей (прагматической) концепции истины. Так бывает всегда на крутом повороте истории, при смене парадигмы познания. Безусловно, стимул дискуссии о природе судебной истины придала смена общественно-политической формации и крах советской идеологии, которая утратила свою силовую составляющую. Стало возможным критиковать советскую интерпретацию концепции объективной истины, когда стала очевидной вся глубина разрыва между красивыми лозунгами об объективной истине и карательной практикой советского государства, жертвами которого стали миллионы репрессированных. Мы думаем, что скорее эти выступления были направлены против монополизма марксистско-ленинской идеологии и ее издержек в уголовно-процессуальной теории, чем против самого духа рациональности. Снятие запрета на идеологическое разнообразие проявилось в первую очередь в новых вариациях на тему о том, что результат процессуального познания носит вероятно-

¹ См. об этом, например: *Александров А.С.* Концепция объективной истины // Российская юстиция. – 1999. – № 1. – С. 23–24; *Он же.* «Похвала» теории формальных доказательств. – С. 34–47; *Балакиин В.С.* Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации); *Васильев Л.М.* Проблема истины в современном российском уголовном процессе (концептуальные положения). – Краснодар, 1998; *Карякин Е.А.* Формирование истинности приговора в состязательном судебном производстве; *Кудин Ф.М.* Достаточность доказательств в уголовном процессе / Ф.М. Кудин, Р.В. Костенко. – Краснодар, 2002; *Мурадян Э.М.* Истина как проблема судебного права. – М., 2002; *Орлов Ю.К.* Проблемы истины в уголовном процессе // Государство и право. – 2007. – № 3. – С. 50–56; *Печников Г.А.* Об установлении истины в уголовном судопроизводстве // Журнал российского права. – 2004. – № 3. – С. 48–53; *Он же.* О вероятной и объективной истинах в уголовном процессе // Правоведение. – 2004. – № 4. – С. 122–125; *Он же.* Правосудие и вопросы истины // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. – 2003. – № 4. – С. 214–222.

стный характер¹. Очевидно, именно в этом разрезе наиболее актуален вопрос о природе объективной истины².

Однако прежде чем перейти к рассмотрению того, как, на наш взгляд, следует понимать истину, необходимо указать на те идеологические наслоения, которые наложились в советский период на рационалистическую концепцию истины. Надо определиться с тем, что есть от идеологии в концепции объективной истины, созданной в советский период.

Необходимо заметить, что те, кто утверждают о превосходстве концепции «объективной истины», кто ратует за ее законодательное закрепление³, забывают, что с этой концепцией связана определенная идеология, а именно система ценностей, следственного процесса. Инквизиционный процесс имеет много разновидностей, что обуславливается той или иной мерой разбавления его элементами состязательного процесса. Но в целом «инквизиционная» модель производства истины более соответствует авторитарному устройству государственной власти, где есть институты, пользующиеся непрерываемым авторитетом в деле квалификации истинного знания⁴. М. Фуко пишет: «Когда в X, XI и XII вв. Церковь оказалась единственным бесперебойно функционировавшим экономико-политическим телом Европы, церковная инквизиция была одновременно и духовным расследованием деяний грешников, со-

¹ См., например: *Овсянников И.* Вероятное и достоверное в обвинительном приговоре / И. Овсянников, А. Галкин // *Российская юстиция.* – 2000. – № 9. – С. 41–43; *Золотых В.В.* Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. – Ростов-на-Дону, 1999; *Кудрявцев В.Л.* Процессуальные и криминалистические основы деятельности адвоката-защитника в российском уголовном судопроизводстве. – М., 2006. – С. 11, 29; и др.

² Сам постулат объективности истины не подлежит сомнению, но возможно различное понимание того, до каких пределов способно пойти уголовно-процессуальное доказывание, чтобы достигнуть идеала объективности.

³ См., например: *Стародубова Г.В.* Методы и управление процессом установления истины в уголовном судопроизводстве. – С. 26–30.

⁴ Конечно, сказанное только отчасти правильно. Проблема гораздо глубже, устройство власти и метод получения истины находятся в системе сложных взаимосвязей и отторжений с другими явлениями: языка, культуры, экономики, психологии и физиологии, составляющими жизнь общества и человека.

вершенных проступков и преступлений, и административным расследованием методов управления церковным имуществом и методов сбора, накопления и распределения доходов. Такая духовно-административная, религиозно-политическая модель расследования просуществовала до XII в., когда зарождавшееся государство, а вернее особа суверена, ставшая источником всевозможной власти, взяло под контроль судебные процедуры»¹.

По словам М. Фуко, «можно с определенностью сказать, что расследование – это политическая форма, форма управления, осуществления власти, которая при помощи судебных органов стала для западной культуры способом верификации истины, усвоения того, что будет считаться истинным, а также способом передачи истинного. Расследование есть форма знания-истины»². Он также указывал на то, что «ни истина не является по природе своей свободной, ни ошибка – рабской, но что ее производство целиком пронизано отношениями власти. И признание тому пример»³. Посредством признания обвиняемый лично принимает участие в ритуале производства судебно-уголовной истины⁴.

Как показывает история, возведенная в закон воля к абсолютной истине подавляет личность (другую) и обесценивает (вплоть до отмены) всю драматургию поиска истины, заложенную в структуру состязательного правосудия (выхолащиваются презумпция невиновности, состязательность и прочие технические (юридические), но и естественные (для человека) «методы» установления истины).

М. Фуко говорил о фундаментальной заинтересованности познания, осуществляющегося как событие воли и вызывающее – через фальсификацию – эффект истины⁵. Понятно, что

¹ Фуко М. Интеллектуалы и власть. – С. 94.

² Там же. – С. 101.

³ Фуко М. Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности. Работы разных лет / Пер. С. Табачниковой. – М., 1996. – С. 159.

⁴ См.: Фуко М. Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы. – С. 58.

⁵ См.: Фуко М. Воля к истине: по ту сторону знания, власти и сексуальности. – С. 346.

мы не можем принять такой вывод. Но что верно, так это то, что правовая модель, технология доказывания судебной истины, в том числе это касается и советской концепции «объективной истины», в какой-то мере исторична, культурологична. В ней воплощается определенная стратегия власти-знания, традиционно сложившаяся в обществе. Это не значит, что идеология всегда и полностью замещает достоверное знание в суде, это значит, что угроза этого существует всегда и эта угроза воплощается при отсутствии у государства сильного оппонента, при отсутствии конкуренции позиций, интерпретаций фактов, при доминировании государства на всех этапах расследования и удостоверения истины.

Чем отличаются современные сторонники теории объективной (материальной) истины¹ от своих идейных предшественников, писавших в классическую пору истории русского уголовного процесса, так это тем, что последние вполне отчетливо понимали, какой идеологический заряд несет этот концепт, не будучи сдерживаем состязательной формой, системой правовых гарантий прав личности и другими искусственными правилами, которые законодатель специально выработал для ограничения усилий власти по установлению истины.

Для русских процессуалистов связь концепции материальной (объективной) истины с инквизиционной формой уголовного судопроизводства являлась вполне очевидной. Так, Н.Н. Розин писал: «Теоретический принцип материальной истины должен быть понимаем в весьма ограниченном смысле. Истолкованный широко, он неминуемо должен вернуть судопроизводство к разыскным формам»².

В русской процессуальной науке представление о том, что состязательная форма уголовного процесса несовместима с требованием достижения объективной (материальной) истины, имела и

¹ Весьма показательны в этом плане рассуждения И.Л. Петрухина.

См.: Уголовно-процессуальное право РФ: Учебник / Под ред. И.Л. Петрухина. – 2-е изд. – М., 2007. – С. 245–247.

² Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство. – С. 345.

имеет достаточно широкое распространение¹. Состязательность рассматривается как принцип, связывающий суд в отыскании истины по делу². Отмечалось, что «стремление к материальной истине не мирится ни с какими ограничениями»³, то есть «суд уголовный не может принимать в уважение пожелание сторон, ни того, что сам подсудимый не хочет оправдать свою невиновность, ни того, что сам обвинитель потворствует виновному»⁴. Н.Н. Розин отмечал, что принцип материальной истины проявляется в «отсутствии для него предустановленных, принудительных доказательств, всевозможных презумпций и фикций»⁵.

Данное мнение разделялось не только сторонниками возможно более полного преобразования отечественного процесса в состязательном направлении (как юридического отношения): И.В. Михайловским, Г.С. Фельдштейном, Л.Я. Таубером, Д.А. Червонецким⁶, но и такими видными государственными деятелями и крупнейшими научными авторитетами, которые придерживались

¹ См., например: *Гольмстен А.Х.* Этюды о современном состоянии науки права // Юридический исследования и статьи. – СПб., 1894. – Т. 1. – С. 411; *Розин Н.Н.* Уголовное судопроизводство. – С. 344–345.

² См.: *Полянский Н.Н.* Очерки общей теории уголовного процесса. – С. 86.

³ *Розин Н.Н.* Уголовное судопроизводство. – С. 303.

По мнению Н.Н. Розина, эти ограничения существуют, в том числе, и в виде проявлений принципа законности (процессуальные сроки) постольку, поскольку они формируют, а значит, ограничивают принцип публичности и вытекающее из него стремление к объективной истине.

⁴ *Случевский В.К.* Учебник русского уголовного процесса. – С. 48.

См. также: *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. – Т. 1. – С. 60–67.

⁵ *Розин Н.Н.* Уголовное судопроизводство. – С. 345.

⁶ Так, Д.А. Червонецкий отмечал, что из публично-правовой природы преступления и наказания вытекают два основных начала в области уголовного процесса: начало публичное и принцип материальной истины. В силу официальности государство обязано преследовать всякого нарушителя уголовного предписания. Стремясь к материальной истине, оно может карать только того, кто действительно совершил преступление. Суд не пассивный наблюдатель, а активно воздействует на формирование доказательств. См.: *Червонецкий Д.А.* Предмет и задачи науки уголовно-судебного права // Ученые записки Императорского Юрьевского университета. – Юрьев, 1911. – № 2. – С. 14.

классической позиции, как И.Я. Фойницкий, В.К. Случевский. Последние отдавали предпочтение *конструктивному принципу* материальной истины, целиком следуя романо-германской правовой традиции и соответственно сдержанно относившиеся к состязательности, допуская приемлемость инквизиционных элементов в русском процессе. Как всегда основное соображение в пользу такой позиции заключалось в нецелесообразности коренной ломки существующего порядка в современных им условиях¹. И.Я. Фойницкий, В.К. Случевский прямо признавали, что задачей инквизиционного процесса является отыскание материальной истины, достижение которой неизбежно сопряжено с ограничением прав личности обвиняемого².

Таким образом, обращение к опыту употребления понятия «материальная истина» в русской дореволюционной литературе показывает, что его рассматривали как атрибут инквизиционного (следственного) процесса. Советская школа, как известно, попыталась порвать с русскими правовыми традициями, поскольку основывалась на представлении об исключительности советского уголовного процесса как принципиально *нового типа права, противоположного буржуазному*. Поэтому была утрачена способность разграничивать правовые явления по *системному критерию инквизиционности / состязательности* (их стали рассматривать в свете оппозиции буржуазное / социалистическое).

Анализ текстов, относящихся к периоду формирования советской уголовно-процессуальной доктрины, позволяет понять интеллектуальный ландшафт, на котором зарождалась советская доктрина объективной истины. Для него был характерен оптимистический пафос строительства нового мира и рационализм, сочетавшийся с классовым подходом. Если интеллектуальную основу доктрины можно было считать традиционной (материалистическое учение), то претензии советской власти от имени про-

¹ См., например: *Случевский В.К.* Учебник русского уголовного процесса. – С. 27, 34, 44; *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. – Т. 1. – С. 67–69.

² См.: *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства. – Т. 1. – С. 14; *Случевский В.К.* Учебник русского уголовного процесса. – С. 34, 35.

летариата на обладание объективной истины были чем-то новым. Как отмечал М.С. Строгович, «само понимание принципа материальной истины, его теоретическое обоснование определяется принципами марксистской философии и марксистской науки права. Поэтому принцип материальной истины в советском уголовном процессе есть советский правовой принцип, есть принцип социалистического правосудия»¹. Авторы одного из первых сочинений по теории доказательств писали: «Исследовать материальную истину в уголовном деле – это значит раскрыть сущность исследуемого общественно опасного деяния, установить личность совершителя этого деяния и определить степень ответственности этого лица за совершенное преступление, в соответствии с действующим уголовным законом»². Надо ли напоминать, что единственно верным подходом к познанию сущности явлений был признан классовый подход, внутреннее убеждение судьи должно было быть связано с классовыми интересами пролетарского государства³. На концепции объективной истины с самого начала лежала печать идеологии, что делает совершенно невозможным аргумент ее современных сторонников о якобы совершенной объективности, научности этой концепции. Это не столько упрек в адрес советских процессуалистов, сколько напоминание нашим современникам. *Сам классический идеал «объективности» является существующим в жизненном мире человека. Но эта объективность разоблачает себя как разновидность идеологической надстройки.*

¹ Строгович М.С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. – М., 1947. – С. 53.

² Громов В. Уголовно-судебные доказательства. Теория доказательств и практика применения норм доказательственного права / В. Громов, Н. Лаговьер. – С. 6.

³ Как отмечали В. Громов и Н. Лаговьер, суд при оценке доказательств должен учитывать «социальную опасность данного конкретного совершителя преступления и совершенного им деяния в условиях общей социально-политической обстановки, исходя из общеклассовых задач социалистического строительства в данный отрезок времени».

Громов В. Уголовно-судебные доказательства. Теория доказательств и практика применения норм доказательственного права / В. Громов, Н. Лаговьер. – С. 53.

Создатели «новой» теории доказательств, желая строить посредством права социалистическое общество, объективно имели дело с конструктивным набором инквизиционного процесса. Другого строительного материала для решения задач авторитарного государства (диктатуры пролетариата), отрицающего все принципы правового государства, человечество к тому времени не придумало¹. В.С. Ундерович, Н.В. Крыленко, П.И. Стучка, А.Я. Эстрин и другие в ходе дискуссии по проекту УПК исходили из того, что УПК РСФСР 1922 года является «переделкой Устава 1864 года, с внесением поправок к условиям диктатуры пролетариата». Справедливо указывалось, что прежний Устав уголовного судопроизводства – это подражание французскому закону до его реформы (1897 г.), поэтому отмечен доминированием инквизиционных черт. Состязательность рассматривалась ими лишь как «техническое средство», которым вполне можно пренебречь ради интересов расправы над классовым врагом².

Сам М.С. Строгович в этот время прямо указывал на то, что уголовный процесс – это порядок производства по уголовному делу, признаваемый государственной властью наиболее целесообразным. В этом плане советский уголовный процесс отличается ярко выраженным публичным целевым характером, направленным на достижение материальной истины. Публичная цель достижения материальной истины совершенно подчиняет права личности. Смешанный тип советского уголовного процесса имеет подчеркнуто публичный – следственный характер, что проявляется в ограничении состязательности³. В той же работе М.С. Строгович констатировал, что главное в понимании сущности уголовного процесса – это вопрос о его цели. Советский уголовный процесс, по его мнению, отличается ярко выраженным публичным целевым характером. Он писал: «Чем же

¹ Не имеет оно их и сейчас.

² См. об этом: *Крыленко Н.В.* Доклад в комакадемии о реформе советского уголовного процесса // *Революция права.* – 1928. – № 1. – С. 104.

³ См.: *Строгович М.С.* Принципы советского уголовного процесса // *Советское право.* – 1927. – № 1 (25). – С. 95 и след.

определяется то направление, по которому движется процессуальное отношение? Сказать, что оно определяется нормами процесса – ничего не сказать. Направление процесса определяется его целью, а целью процесса является раскрытие материальной истины, то есть правильное по существу разрешение дела... Цель процесса – правильно разрешить дело, установить действительно имевшие место факты преступления и действительных преступников. Эта цель может быть выражена термином «материальная истина», то есть установление положения вещей в том виде, как оно имело место в действительности. Понятием материальной истины всецело определяется цель уголовного процесса: для этой цели уголовный процесс существует, и его нормы должны быть сформулированы таким образом, чтобы максимально гарантировать раскрытие истины по каждому конкретному делу»¹.

Таким образом, создателям советской теории уголовного процесса было вполне очевидным то, что концепция материальной истины необходима для придания советскому судопроизводству подчеркнуто публичного назначения. Именно такой тип процесса более всего подходил для диктатуры пролетариата – авторитарному государству. Впоследствии режим советского уголовного процесса смягчился, но идеологическая начинка его осталась в неизменном виде. Следственному формату как нельзя лучше соответствовала официальная советская философия – диалектический материализм, истинность которой, как известно, основывалась на авторитете власти, коммунистической партии. Произошла смычка: советская процессуальная наука, проникнутая идеологией марксизма-ленинизма, оправдывала следственные порядки, а в свою очередь советский уголовный процесс служил надежным инструментом искоренения классовых (идеологических) противников – несогласных с идеологией марксизма-ленинизма, проводимой на его основе политикой. Получается, что сам по себе постулат о необходимости установления объективной истины,

¹ Строгович М. С. Принципы советского уголовного процесса. – С. 96–97.

не будучи подкреплён процессуальным механизмом – состязательностью¹, не будучи одухотворён демократией, гуманизмом, превращается в голословный лозунг.

Может показаться, что в отношении самого М.С. Строговича этот упрек несправедлив. Он ведь выступал за состязательный уголовный процесс как средство отыскания материальной истины. Но надо учитывать своеобразное понимание им состязательности. М.С. Строгович утверждал: «Состязание сторон проводится при руководящей роли суда»², и далее отмечал, что за судом «в состязательном процессе сохраняется активная руководящая роль; именно суд направляет исследование дела в сторону, благоприятствующую раскрытию истины, и восполняет пробелы, допущенные сторонами в исследовании обстоятельств дела»³.

М.С. Строгович вслед за А.Я. Вышинским в своих работах утверждал, что советскому уголовному процессу присущи состязательность, что последняя является средством достижения объективной истины. Это, конечно, было и ранее известно. Неслыханной новостью стало, пожалуй, лишь «открытие» (правда, сделанное не без оговорок) того, что между презумпцией невиновности и материальной истиной имеется связь, а непротиворечие, поскольку обе они вытекают из природы и задач советского правосудия⁴.

Принято противопоставлять объективную истину истине судебной, с которой связывали нечто такое, что противоречило объективности. Но, скажем, М.С. Строгович утверждал: «Материальной истиной называется полное соответствие действительности выводов и утверждений суда об обстоятельствах рассматриваемого дела... в отличие от формальной истины... Формальной истиной называется соответствие выводов и утверждений суда об

¹ В свою очередь состязательность есть производное из множества слагаемых, главное из которых независимость суда. Это, безусловно, феномен демократической правовой культуры во всем многообразии ее составляющих.

² *Строгович М.С.* Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. – С. 174.

³ Там же. – С. 176.

⁴ См. там же. – С. 240 и след.

обстоятельствах рассматриваемого дела определенным, установленным в законе условиям... независимо от того, как было дело в действительности и правильно ли вывод суда эту действительность отражает»¹. Продолжая свою мысль, он писал: «Не материальная, а формальная истина составляла принцип инквизиционного процесса»².

Это «изобретение» связи формальной истины с инквизиционным процессом, а объективной истины с состязательным процессом действительно можно считать заслугой академика М.С. Строговича. «Плохой» – инквизиционный процесс отныне стал ассоциироваться с «плохими» – формальной истиной и формальной системой доказательств. «Хороший», он же прогрессивный, социалистический, уголовный процесс стал *считаться* состязательным (но обязательно с активным судом), а целью его было достижение идеальной (в смысле правильности) объективной истины.

Концепция объективной истины рассматривалась отцами-основателями советской теории уголовного процесса как наиболее целесообразная методологическая основа для построения правосудия, ориентированного на обеспечение публичного, государственного интереса³. М.С. Строгович писал: «Целью уголовного процесса по каждому делу является прежде всего установление совершенного преступления и совершившего его лица»⁴. И далее: «Таким образом, целью советского уголовного процесса является установление истины по делу, изобличение и наказание совершившего преступление лица и ограждение невиновного человека от неосновательного обвинения и осуждения»⁵. Этот тезис был воспроизведен им в последующей работе⁶.

¹ Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. – С. 39.

² Там же. – С. 43.

³ См.: Малькевич Т. К истории первых декретов о советском суде // Советское государство и право. – 1940. – № 7. – С. 168.

⁴ Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – М., 1958. – С. 23.

⁵ Там же. – С. 23–24.

⁶ См., например: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – Т. 1. – С. 40.

Таким образом, М.С. Строгович видел в концепции объективной истины и конструктивное начало, то есть принцип социалистического уголовного процесса, уголовного процесса нового типа, то есть *орудия* построения нового общества, борьбы с тем, что мешает этому строительству – преступностью. Советские процессуалисты разделяли мнение, что состязательность сторон плюс активное участие в судебном следствии самого суда являются путем к установлению той материальной истины, стремление к которой характеризует подлинное правосудие и подлинный суд¹. Иное в то время трудно было бы представить, так как с первых дней своего основания советская власть отрицала принцип разделения властей и строилась как «единая работающая корпорация».

Инструменталистский подход к интерпретации концепции объективной истины оправдан, когда целью выступает человек, права и свободы личности. Если же мы встраиваем эту концепцию в правовую модель, назначение которой явно или неявно является обслуживание публичного интереса, интереса государства, интереса какого-то класса или иной группы людей, а тем более государя, опять-таки возникает угроза использования на практике тезиса об объективной истине как оправдание подавления прав личности.

Урок, который мы можем извлечь из советского опыта уголовного процесса, состоит в том, что чистой концепции объективной истины не может быть, в ней есть телеологическая / идеологическая составляющая: какой цели она служит – защите прав человека или какой-то сверхчеловеческой ценности (все равно какой). Концепция объективной истины, безусловно, должна быть «человечена», поставлена на службу обеспечения его прав; она должна быть встроена в состязательную модель судопроиз-

¹ См.: *Вышинский А.Я.* К положению на фронте правовой теории. – М., 1937. – С. 39.

См. об этом также: *Арсеньев В.Д.* Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. – С. 53–53, 61, 62; Теория доказательств в советском уголовном процессе: В 2 т. – М., 1966. – Т. 1: Общая часть. – С. 514.

водства, которая естественна для человеческого правосудия – об этом свидетельствует история.

Хотя исторический опыт научил нас и тому, что рационализм в романо-германской правовой системе и англосаксонской проявил себя по-разному: в судье-инквизиторе, с одной стороны, и в суде присяжных, с другой. И там и там законодатель апеллирует к разуму судьи и требует от него установления истины. Но правовые средства для этого считает возможным дать правоприменителю разные. Так сложилось. Мы находимся в системе, которая была создана нашими предками.

Современный уголовно-процессуальный строй создавался в ходе великой Судебной реформы 1864 года. Правомерно вспомнить, что в статье 613 Устава уголовного судопроизводства содержалось указание председателю суда направлять дело «к тому порядку, который наиболее способствует раскрытию истины»¹. В объяснительной записке к проекту Устава говорилось о необходимости установления безусловной истины и об активной роли суда: «Начало судебного состязания сторон не исключает самостоятельности суда в уголовном судопроизводстве и не обязывает его решать дела по тем данным, которые предъявлены сторонами, но требует единственно того, чтобы по всем сведениям, относящимся к делу, сторонам была предоставлена возможность судебного состязания. Задача уголовного суда есть открытие в каждом деле безусловной истины. В стремлении к этой цели суд уголовный не может принимать в уважение желание сторон. Поэтому если стороны не предъявили всех тех сведений, которые должны служить данными для основательного разрешения уголовного дела, то суд может удовлетвориться одним их заявлениям, но обязан потребовать дополнительные сведения»².

¹ Устав уголовного судопроизводства от 20 ноября 1864 года // Российское законодательство X–XX вв. / Под ред. Б.В. Виленского. – М., 1991. – Т. 8. – С. 255–281.

² Судебные Уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Часть вторая. – СПб., 1866. – С. 244; см. также: Судебные Уставы 20 ноября 1864 года. Образец законотворчества и правовой культуры // http://civil.consultant.ru/sudeb_ustav/#_ftn13

В том и состоит, наверное, сила традиции, которую не смогли преодолеть даже такие катаклизмы, как смена политического строя, социально-экономического уклада. В России, где традиционна авторитарная организация власти, естественным на всех этапах ее развития был акцент на государственного агента, обязанного установить истину. Менялись нюансы, но следователь-судья оставался в центре схемы, в которой должно было происходить доказывание истины. Именно этот «казенный» агент (а не присяжный заседатель, представитель общества, народа) удостоверял и удостоверяет результат доказывания по делу как истинный. В этом суть различия между нашей системой доказывания истины и англо-американской.

В наших условиях конструктивное значение концепции «объективной истины» состоит прежде всего в том, что она оправдывает модель уголовного процесса и доказывания, где главную роль играет следователь и где суд вправе проявлять инициативу в собирании доказательств. Она не только оправдывает, но и подталкивает суд к активности в доказывании; технология доказывания, предусмотренная УПК, проникнута не диспозитивностью, а публичностью; позиционирование сторон, объем их полномочий в ходе досудебного производства следует инквизиционному типу организации процесса (прежде всего, в досудебном производстве, где и происходит главная работа по раскрытию преступления и изобличению обвиняемого). И следователь, и судья обязывается проводить всестороннее, объективное и полное расследование обстоятельств дела, что также увязывается с необходимостью установления объективной истины. С объективной истиной же тесно связан постулат о том, что ни одно преступление не должно остаться нераскрытым, а виновный – безнаказанным. Будучи красивыми на бумаге, все эти требования оказались рабочими только в условиях авторитарной государственно-правовой модели. Они ставят судью, следователя, прокурора на одну позицию – позицию государственного чиновника, озабоченного, прежде всего, соблюдением государственного интереса, под которым весьма часто кроется интерес ведомства, партийный интерес, интерес власти (который трудно отличить от интересов конкретных

ее представителей). На практике получается так, что обвиняемый, потерпевший и другие частные лица, имеющие в деле законный интерес, закономерно становятся объектами пристрастных исследований со стороны государства, которое ради отвлеченных интересов правосудия, интересов решения государственной задачи по искоренению преступности и даже защиты прав потерпевшего готово идти на игнорирование прав личности, равенства сторон и пр. Инерция правосознания – это то, что невозможно преодолеть введением новых законов. Изменение позиции законодателя по поводу нормативного закрепления объективной истины только первый шаг по преодолению авторитарного, следственного способа установления истины по делу. Впереди создание традиции состязательного судопроизводства, независимого суда¹.

Мы принимаем как данность правовую традицию, которая требует активного участия суда в судебном доказывании, не просто активного присутствия, а ведущего значения государственного начала в досудебном доказывании². Культурная матрица ведь осталась прежней, несмотря на смены политических строев, социально-экономических укладов. Очевидно также, что инерция пассивного поведения сторон в уголовном процессе еще долго не будет изжита. Менталитет россиян тому основная причина.

Невозможно существование некоего объективного и нейтрального в ценностном отношении права и юридических явлений. Несомненно, что на понимании россиянами цели доказывания сказывается опыт, традиция. Но есть и такое явление в культуре, как мода. Иначе как проявлением советской моды в интерпретации явлений уголовно-процессуального доказывания не объяснить. Суть же «советского извода» (явления скорее временного, наносного) учения об истине видится в преувеличении возможностей следователя, судьи (государства) установить *Абсолютную истину*, раскрыть преступление, обеспечить неотврати-

¹ Очевидно, в этом смысл известного высказывания Президента РФ Д.А. Медведева о необходимости продолжения судебной реформы.

² Об активности суда и сторон мы уже писали в § 2 главы 2 настоящей работы.

мость ответственности. Монополизация «объективного» дискурса, узурпация права на провозглашение истины в масштабах целого общества или отдельных его сегментах (при пассивности членов общества) свидетельствует о патерналистской структуре, глубоко проникшей в коллективное сознание, ставшей народной привычкой верить в «хорошего царя». В государственно-правовой сфере следствиями этого психического заболевания являются полицейское государство, отсутствие гражданского общества, инквизиционный процесс, в котором отсутствует площадка для выражения мнения, противоречащего государственному, и пр. Гуманитарная же наука превращается в догматику, где несколько сакральных текстов, освященных авторитетом власти, становятся мерилom истинного знания. Вывод из этого для ученых только один – надо работать над созданием новой теории доказательств, постепенно формируя зачатки новой правовой идеологии. Возможно, с течением времени произойдет перелом и в настроениях правоприменителя, который воспитывается в стенах высших учебных заведений, где и формируется теория. Ведь, как показывает история, советский концепт объективной истины в том виде, в котором он «забронзовел» в застойные годы, сложился постепенно. «Истина всегда связана с понятийной системой, в значительной степени, определяемой метафорой. [...] В культуре, которой присущ миф объективизма и в которой истина всегда являлась абсолютной истиной, определение того, что считать абсолютно или относительно истинным, зависит от людей, навязывающих свои метафоры другим»¹.

Советские ученые сразу начали говорить о необходимости установления материальной (объективной) истины. И даже сам М.С. Строгович достаточно рано в категоричной форме сформулировал требование к абсолютной достоверности истины обвинительного приговора: «Но осуждение обвиняемого (подсудимого), вынесение в отношении него обвинительного приговора не

¹ Лакофф Дж. Метафоры, которыми мы живем / Дж. Лакофф, М. Джонсон. – С. 148.

может состояться, как бы высока ни была степень вероятности виновности обвиняемого; здесь требуется не вероятность, а достоверность, то есть установление истины»¹.

Но классовый подход, идеологическая составляющая в модели доказывания истины были все-таки приоритетнее. Советские юристы даже не старались это скрыть. Но некоторые из них пытались облагородить социалистическое правосудие и его неблагоприятные результаты, завернув их в риторическую обертку из учения об объективной истине, особенно яркой эта обертка была в виде концепта «абсолютной истины»².

Впрочем, на первом этапе формирования советской концепции объективной истины была сильно представлена и классическая позиция, согласно которой судебная истина – это вероятное знание. Многими учеными в 1920–30-е годы материальная (объективная) истина трактовалась как вероятная истина. Так, А.Я. Вышинский полагал, что истина это установление максимальной вероятности тех или иных фактов, подлежащих оценке³. С.А. Голунский считал, что истина это та степень вероятности, которая необходима и достаточна для того, чтобы положить эту вероятность в основу приговора⁴.

Показательной в этом плане является работа В. Громова и Н. Лаговиера, где они пишут, что «в области судебного исследова-

¹ *Строгович М.С.* Уголовный процесс: Учебник для юридических школ. – С. 51.

² В 1959 году В.П. Радков писал: «Для вынесения только законных и обоснованных приговоров по любому уголовному делу в нашей стране созданы необходимые условия: суды укомплектовываются до конца преданными советскому народу и социалистическому строю судьями и народными заседателями; созданы подлинно демократические советские... законы... все участники уголовного судопроизводства – лица, производящие дознание, следователи, прокуроры и судьи вооружены марксистско-ленинской теорией и работают под постоянным руководством КПСС».

Цит. по: Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. – С. 146.

³ См.: *Вышинский А.Я.* Проблемы оценки доказательств в советском уголовном процессе // Проблемы уголовной политики. – М., 1937. – Кн. 4. – С. 20.

⁴ См.: *Голунский С.А.* О вероятности и достоверности в уголовном суде // Проблемы уголовной политики. – М., 1937. – Кн. 4. – С. 61.

ния при оценке отдельных фактов, как доказательств, трудно бывает провести грань между достоверностью и вероятностью. Редки случаи, когда доказательства представлялись бы в таком виде, что у судьи составлялась бы уверенность, что в данном случае доказательства дают полную достоверность, то есть «высшую степень вероятности»... Судебные доказательства имеют содержанием индивидуальные меняющиеся человеческие, житейские отношения, обстоятельства и факты, которые к тому же проверить опытом, за редким исключением, невозможно. Таким образом, уголовно-судебную достоверность... можно рассматривать только как совокупность вероятностей¹. Ими сочувственно цитировались такие писатели, как И. Бентам, Д. Спасович, Л. Владимиров.

Скорее всего, переход на более категорическую позицию по этому вопросу был предопределен модой на естественно-научный способ преобразования теории доказательств. Советские специалисты были одержимы идеей призвать научно-техническое знание на службу делу исследования преступлений и полного установления материальной истины. М.М. Гродзинский говорил о необходимости поставить на научную почву исследование и оценку доказательств, как личных, так и вещественных. Он считал, что научная объективизация оценки доказательств может произойти в результате применения знаний психологии, криминалистики, естественных наук².

В. Громов и Н. Лаговьер утверждали, что к числу «вспомогательных дисциплин, входящих в область криминалистики, следует отнести и учение об уголовно-судебных доказательствах или теорию доказательственного права»³.

¹ Громов В. Уголовно-судебные доказательства. Теория доказательств и практика применения норм доказательственного права / В. Громов, Н. Лаговьер. – С. 20.

² Наиболее показательными в этом плане являются работы Мориса Гродзинского. См., например: *Гродзинский М.М. Учение о доказательствах и его эволюция.* – Харьков, 1925. – С. 14, 17, 20.

³ Громов В. Уголовно-судебные доказательства. Теория доказательств и практика применения норм доказательственного права / В. Громов, Н. Лаговьер. – С. 7.

См. также: *Лаговьер Н. Свидетель в нашем уголовном процессе (права, обязанности и значение)* / Под ред. Ф.К. Трасковича. – М., 1928. – С. 7.

Отсюда уже недалеко до полного отождествления судебного способа установления истины с естественно-научным. Гуманитарный слой снимался, оставалась голая схема, которую предлагала теория отражения, особенно в ее вульгарном изложении.

К тому же фундаменталистское, то есть радикальное материалистическое учение, исходящее из тезиса о возможности достижения абсолютной истины относительно явлений объективного мира, взявшее на вооружение марксистско-ленинскую теорию познания, на практике проявляло нетерпимость к инакомыслию в гуманитарной науке и оправдывало государственный монополизм в уголовно-процессуальном доказывании. Монополизм государства проявляется в организации судебной власти, обвинительной власти и даже в формах и процедурах организации защиты. Частное начало изгоняется со всевозможной тщательностью из сфер, где решаются вопросы, имеющие особую значимость для жизни общества, особенно из сферы правосудия.

Это подтверждается и практическими делами приверженцев учения об объективной истине: они на долгое время установили в науке свою монополию на обладание истинным знанием, подавляя с помощью средств репрессивного аппарата любые попытки инакомыслия. Ключевую роль в этом сыграли, на наш взгляд, М.С. Строгович и А.Я. Вышинский, создавшие идеологически выверенное учение об объективной истине как абсолютно достоверном знании о совершенном преступлении.

После разгрома «школки Стучки – Пашуканиса» (естественно, с позиций «объективной» – марксистско-ленинской истины) о связи инквизиционной / следственной формы и материальной истины постарались «забыть». На протяжении десятилетий создавался миф о советском процессе как демократическом, гуманном и справедливом, который на самом деле был инквизиционным, следственным и, конечно, негуманным, и недемократичным. При этом была искажена суть понятий, составляющих смысловое ядро состязательности – формальной истины, презумпции невиновности, целесообразности, диспозитивности и др.¹

¹ См.: Александров А.С. Концепция объективной истины. – С. 24.

Дальнейшее становление абсолютной истины происходило в обстановке сталинского классицизма, когда многие культурные артефакты достигли своей кульминационной, законченной формы. Очевидно, поворотным моментом для абсолютивизации понимания объективной истины стала дискуссия 1949 года, имевшая место в Академии наук СССР, о чем упоминает А.Я. Вышинский. Сам А.Я. Вышинский подтвердил верность своему взгляду о том, что объективная истина может быть вероятной. Хотя его позиция мало чем отличалась от взглядов сторонников новой концепции «объективной истины»¹. Достаточно ознакомиться с его работой «Теория судебных доказательств в советском праве», где он неустанно повторяет о том, что материальная (объективная истина) является принципом советского уголовного процесса². Более того, некоторые места позволяют сделать вывод, что он значительно более глубоко, чем некоторые современные исследователи, осознавал «практическое» значение этого принципа. В частности, он совершенно последовательно – в духе диалектического материализма – разъясняет и свое утверждение, сделанное в статье «Проблема оценки доказательств в советском уголовном процессе» (1937 г.), о том, что «условия судебной деятельности ставят судью в необходимость решать вопрос не с точки зрения абсолютной истины, а с точки зрения максимальной вероятности... тех или иных факторов, подлежащих судебной оценке». Он также утверждал: «Я и сейчас держусь этой же точки зрения. Требовать от суда, чтобы его решение было воплощением абсолютной истины, явно невыполнимая в условиях судебной деятельности задача... потому, что... нереальна попытка провести

¹ А.Я. Вышинский утверждал: «Состязательность сторон плюс активное участие в судебном следствии самого суда на основе гласности и равенства всех участвующих в процессе перед судом и перед законом – вот путь к установлению той материальной истины, стремление к которой характеризует подлинное правосудие и подлинный суд».

Вышинский А.Я. К положению на фронте правовой теории. – С. 24.

² См.: *Вышинский А.Я.* Теория судебных доказательств в советском праве. – М., 1950. – С. 188, 192, 196–198, 222, 232, 248.

грань между истиной абсолютной и относительной... для диалектического материализма не существует непреодолимой грани между относительной и абсолютной истиной»¹. Вопрос о том или ином соотношении абсолютной или относительной истины в содержании объективной истины, как справедливо замечает А.Я. Вышинский, – это в конечном счете философский вопрос (схоластический, добавили бы мы) и его решение не должно колебать принципиального положения практического характера, которое состоит в *обязанности суда и других государственных органов, ведущих процесс, принять все возможные меры для установления абсолютной истины, не считаясь ни с какими препятствиями*². Естественно, что на пути к достижению этой цели отходят на второй план права личности, процессуальные гарантии их обеспечения. Инквизиционное положение об активной роли суда при представлении и исследовании доказательств также закономерно вытекает из концепции объективной истины: «Советский суд, в стремлении законными средствами открывать в каждом деле материальную истину, *ничем абсолютно не ограничен*. Более того, наш суд обязан выйти за границы предварительного следствия в случае, если оно почему-либо проведено без достаточной полноты, *проявить инициативу в отыскании дополнительных доказательств*, неправильно обойденных в стадии предварительного следствия, и самостоятельно всесторонне, объективно исследовать их, чтобы решить дело с учетом новых доказательств»³.

В окончательном виде перелом в споре о характере истины произошел после развенчания культа Сталина. Основной вклад в абсолютивизацию природы уголовно-процессуальной истины внес М.С. Строгович. Академик придал советской концепции объективной истины законченный вид, признал ее абсолютной истиной, уже безо всяких оговорок. Он всегда говорил, что це-

¹ Вышинский А.Я. Теория судебных доказательств в советском праве. – М., 1950. – С. 201.

² См. там же. – С. 198–203.

³ Шифман М.Л. Прокурор в уголовном процессе. – С. 117.

лью уголовного процесса является именно раскрытие материальной истины, то есть установление виновности и назначение справедливого наказания¹. Но теперь акцент в понимании материальной истины был сделан им на соответствие того вывода, к которому пришел суд, тому, что было в действительности. В содержание материальной истины он включал конкретные факты, события совершенного преступления, которое исследуется по тому или иному уголовному делу судьями; указанное событие является фактом, независимым от сознания исследующего его судьи (как и следователя, и прокурора), и задача судьи состоит в том, чтобы правильно познать это событие, установить его так, как оно произошло в действительности. Установление в соответствии с действительностью события преступления, всех составляющих его фактов, действий совершивших его лиц есть достижение материальной истины. При этом материальная истина «есть истина абсолютная, если приговор суда полно и точно соответствует действительности, устанавливает факты так, как они в действительности произошли... То, что суд устанавливает в приговоре, должно быть абсолютно верно, не вызывать сомнений в своей истинности»². Он считал, что если «истина по уголовному делу не найдена, если преступление не раскрыто и преступник не изобличен... значит, следствие и суд не справились со своей задачей, допустили серьезное нарушение законности»³.

Идею об абсолютном характере объективной истины, достигаемой в уголовном процессе, подхватили многие процессуалисты, критикуя тот вариант концепции объективной истины, которая была связана с именем, прежде всего, А.Я. Вышинского и ассоциировалась со сталинскими репрессиями.

«Органы расследования и суда в своей деятельности по достижению истины как цели процесса, – поясняет Ц.М. Каз, – руко-

¹ См.: *Строгович М.С.* Уголовный процесс: Учебник для юридических школ. – С. 6, 20–21.

² *Строгович М.С.* Избранные труды: В 3 т. – М., 1991. – Т. 3: Теория судебных доказательств. – С. 17, 21–22.

³ *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. – М., 1958. – С. 329.

водствуются марксистско-ленинской теорией познания»¹. Лицо, производящее расследование, и суд должны точно и полно познать картину совершения преступления, то есть установить истину. Данная истина должна носить характер объективной, то есть выводы следствия и суда о преступлении должны точно соответствовать тому, что было на самом деле, поскольку именно она более полно отвечала публичным интересам административно-командного аппарата, обеспечивая неотвратимость уголовной ответственности и следственной направленности процесса. Познание объективной истины – вот цель доказывания в советском уголовном судопроизводстве².

Сторонники абсолютного понимания объективной истины утверждали, что если по делу может быть установлена абсолютная истина и нет никаких препятствий этому, то не только следует стремиться к познанию истины, но и по существу исключить даже самую малую вероятность недостижения этой цели. Так, И.И. Мухин указывал, что истина в уголовном судопроизводстве может быть только истиной абсолютной³. Категория же относительной истины не может быть применима к характеру той истины, которую устанавливает суд своим приговором. «Неустановление или неполное познание судом тех или иных важных обстоятельств преступного деяния нельзя выдавать за относительную истину»⁴.

М.П. Шаламов писал, что достижение истины по уголовному делу состоит в установлении обстоятельств, которые и являются в последующем основанием для применения мер уголовного наказания к определенным лицам, поскольку они (обстоятельства)

¹ Каз Ц.М. Проблемы доказывания в суде первой инстанции. – С. 38.

² См.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – Т. 1. – С. 39–41; Бойков А.Д. К изучению эффективности уголовно-процессуального закона // Эффективность применения уголовного закона. – М., 1973. – С. 173; Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. – С. 28–29.

³ См.: Мухин И.И. Объективная истина и некоторые вопросы оценки судебных доказательств при осуществлении правосудия. – С. 23, 39.

⁴ Там же. – С. 33.

имели место в действительности. Под истиной понимается знание, правильно отражающее реальную действительность. Истина достигнута, если то, что суд признал установленным, имело место в действительности. И наоборот, суд не достиг истины, если то, что он признал установленным, не соответствует действительности, является ложным или ошибочным представлением¹.

Позднее А.И. Трусов отмечал, что в борьбе с проявлениями беззакония и целью недопущения их в будущем в советской науке произошел перегиб в другую сторону: «Роль случайного фактора в процессуальном доказывании вообще стали сбрасывать со счета. Достоверное установление истины в уголовном судопроизводстве при этом некоторым стало представляться делом чрезвычайно легким... Порождая иллюзии наивного гносеологического оптимизма в отношении оценки познавательной ситуации в судопроизводстве, подобный подход чрезвычайно упрощает задачу установления истины по судебному делу, ведет к недооценке тех многочисленных факторов, которые могут как способствовать, так и препятствовать ее установлению»².

Во взглядах советских ученых, полагающих, что в уголовном судопроизводстве истина имеет объективный характер, существовали нюансы: кроме тех, кто трактовал истину в уголовном судопроизводстве как абсолютную, были те, которые полагали, что объективная истина носит относительный характер³, третьи занимали компромиссную позицию, согласно которой истина является одновременно и абсолютной, и относительной⁴. Всех их объ-

¹ См.: Шаламов М.П. Теория улик. – М., 1960. – С. 4.

² Трусов А.И. Проблемы надежности доказывания в советском уголовном процессе. – М., 1984. – С. 6–7.

³ См., например: Ульянова Л.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции. – С. 60; Советский уголовный процесс: Учебник / Под ред. Д.С. Караева. – М., 1965. – С. 63.

⁴ См.: Трусов А.И. Основы теории судебных доказательств. – С. 116; Дорохов В.Я. Обоснованность приговора / В.Я. Дорохов, В.С. Николаев. – М., 1959. – С. 70–72; Кудрявцев В.Н. Теоретические основы квалификации преступлений. – М., 1963. – С. 65–70; Фаткуллин Ф.Н. Обвинение и судебный приговор. – Казань, 1965. – С. 304–306.

единыло одно – уверенность в том, что на практике действительно возможно точное выяснение всех обстоятельств, имеющих существенное значение для правильного рассмотрения уголовного дела. Никто не ставил вопрос о вероятном характере объективной истины.

С этими советскими особенностями концепции «объективной истины» мы, конечно, не можем мириться. Они, на наш взгляд, не являются внутренне присущими для учения о материальной (объективной) истине. Их вполне можно отбросить и сделать открытой концепцию объективной истины для обогащения неклассическими представлениями о познании и доказывании¹, таким путем придать ей новое качество – постнеклассической теории объективной истины, где бы уживались представления об адекватности знания действительности и в то же время согласованности, связанности приговора суда с другими суждениями, убедительности его решения с позиции правовой традиции, здравого смысла, ценностных суждений.

Нам претит абсолютизм, в какой бы из концепций об истине он не проявлялся. В том числе это касается и концепции объективной истины. Как справедливо отмечает Е.А. Карякин, «в уголовном судопроизводстве абсолютная истина видится нам «запредельно поднятой планкой», высоту которой невозможно преодолеть с точки зрения практической деятельности»².

Оптимизм должен быть, но он не должен переходить в идиотизм. Теоретик не должен отрываться от действительности и помнить, что судят живые люди и объективная истина является продуктом познавательной деятельности, осуществляемой людьми. Судебная истина, естественно, должна быть «объективной», но не по причине абсолютного соответствия объективной реальности знания, полученного в ходе расследования и рассмотрения дела, а по причине веры судей / присяжных в то, что их знание

¹ В частности, герменевтическим понятием понимания, интерпретации, о чем мы уже писали.

² Карякин Е.А. Формирование истинности приговора в состязательном судебном производстве. – С. 112.

может с высокой степенью вероятности соответствовать действительности.

Поэтому в дискуссии со своим современником – М.С. Строговичем – более прав оказался М.А. Чельцов. Он утверждал, что в полной мере истина никогда не может быть достигнута: «Мы отвергаем безусловную достоверность наших знаний. Вместо нее можно говорить лишь о высокой степени вероятности. Обычно в делах судебных удовлетворяются более высокой степенью вероятности»¹. Совершенно справедливо М.А. Чельцов указывает, что судебная достоверность основывается на приблизительных опытных обобщениях, ограниченной возможности использования правил формальной логики².

С позиции здравого смысла абсолютная истина не может быть достигнута вероятными средствами. Как уже указывалось, в уголовно-процессуальном доказывании используются индуктивные доказательства, то есть примерные обобщения фактических данных. Это главная, но далеко не единственная причина невозможности установления абсолютной истины по уголовному делу.

Конечно, нельзя игнорировать высокую нравственную составляющую концепции объективной истины, на что обращал внимание Л.Д. Кокорев. Он отмечал, что стремление познать истину, никогда не отклоняться от нее – не только юридическая обязанность, но и первейший моральный долг следователя, прокурора, судьи³; а за рассуждениями о невозможности установления истины, о том, что судебные решения – это всего лишь слабое отражение фактической жизненной ситуации, что от суда нельзя требовать, чтобы он действительно установил истину, что решение суда должно соответствовать материалам дела и не может претендовать на объективную истину, что истина известна лишь Богу, а в судебной практике прошлое восстанавливается с весьма

¹ Чельцов М.А. Уголовный процесс. – С. 216.

² См. там же. – С. 252–259.

³ См.: Горский Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькинд. – С. 269; Кокорев Л.Д. Этика уголовного процесса. – Воронеж, 1993. – С. 65.

относительной степени достоверности, скрывается не столько профессиональная несостоятельность, сколько нравственная неспособность осуществлять доказывание на основе своего внутреннего судейского убеждения, базирующегося на материалах уголовного дела, страх перед ответственностью за ошибку¹.

Однако надо помнить о том, что зло – это победившее добро. Концепция «объективной истины», как показывает советский опыт, может стать ядром идеологии правового авторитаризма, то есть системы «инквизиционных» ценностей. С его помощью может оправдываться система, в которой государство в лице органов следствия и суда пренебрегает формальностями, ритуалами состязательности и прочими техническими элементами, в которых видится прибежище индивидуалистического начала, ради защиты абстрактно понимаемого общественного блага (коммунизма, социализма).

Как и любую идеологию, инквизиционную идеологию можно принимать и можно не принимать. Но в любом случае из признания идеологичности концепции объективной истины следует, во-первых, *последовательность* в употреблении знаков уголовно-процессуального языка согласно романо-германской и русской культурно-правовой традиции и, во-вторых, осознанный выбор в пользу инквизиционности или состязательности. В противном случае процессуальные термины превращаются в опустошенные знаки, которые могут произвольно использоваться для фальсификации правовой реальности в угоду сиюминутным интересам. Как правильно пишет Н. Подольный, «стремление к истине в рамках уголовного процесса не всегда обеспечивало действительное ее достижение и часто оборачивалось злом, как для отдельных людей, так и для общества в целом»².

По словам Е.Б. Мизулиной, «стремление к достижению объективной истины игнорирует презумпцию невиновности обвиняемого, ибо объективная истина (и уголовно-процессуальная – если

¹ См.: Кокорев Л.Д. Служенье Истине // Научное наследие Л.Д. Кокорева. – Воронеж, 1997. – С. 44–45.

² Подольный Н. Фантомы уголовного судопроизводства // Российская юстиция. – 2004. – № 4. – С. 49.

она есть) существует вне и независимо от тех принципов, посредством которых организуется процесс познания ее»¹.

Когда сегодня в один понятийный ряд, призванный отразить либерально-правовые ценности «естественного» происхождения, включаются «объективная истина», «состязательность», «законность», «гуманизм», «презумпция невиновности», «нравственность», «обеспечение интересов личности», «здравый смысл» – это свидетельствует или о полной утрате ориентиров в пользовании уголовно-процессуальной терминологии, или намеренном введении в заблуждение для навязывания ценностей следственного процесса². Как пишет А.С. Александров, «нам все уши прожужжали о том, что отказ от принципа «объективной истины» означает оправдание судебных, следственных ошибок. Однако разве в период безраздельного господства теории объективной истины в теории и на практике она помогала избегать их? Никакие заклинания на тему о социалистической законности, объективной истине, искоренении обвинительного уклона не помогли»³.

Режим множественности истин, то есть когда имеется их конкуренция и право голоса убеждать в истинности своего дела (а в уголовном деле всегда как минимум две истины) перед лицом народа (универсальной аудитории), является неотъемлемым свойством демократии. И этот режим является противоположностью тому, при котором следователь / судья проводит объективное, всестороннее (но в отсутствии сторон) полное расследование и, конечно, находит «объективную истину», главное достоинство которой в том, что ее приветствует власть. Абсолютное понимание «объективной истины» как инквизиционного концепта исключает равноправное состязание сторон, одной из которых является обвиняемый со своей истиной. Состязательное правосудие, квинтэссенцией которого является суд присяжных, подразумевает конкуренцию мнений в результате борьбы интерпретаций

¹ Мизулина Е.Б. Технология власти: уголовный процесс. – С. 55.

² См. об этом: Александров А.С. Концепция объективной истины. – С. 23–24.

³ Там же.

закона, фактов и прочих составляющих судебного спора, побеждает сильнейшее мнение, то есть наиболее привлекательное, убедительное, а равно нравственное, логичное мнение. Суд присяжных в своем решении содержит срез *общественного мнения*, то есть соответствует представлениям этого народа в это время о правильном, справедливом разрешении этого спора. Судебная истина – это мнение обычных здравомыслящих свободных людей, высказанное без принуждения, а под влиянием судебной речи и по зову совести. Только в режиме свободной конкуренции истин возможен такой элемент «открытого общества», как состязательный процесс. Стороны и суд в уголовном процессе имеют единую цель – установление предмета доказывания, хотя и с разных позиций. Несмотря на различие в целях доказывания, стороны в уголовном процессе стремятся к достижению одной цели, изложенной в статье 2 Конституции России¹.

На настоящий момент ортодоксальной позиции в понимании природы объективной истины придерживается, пожалуй, меньшинство процессуалистов², гораздо больше тех, кто избрал с различными оговорками позицию трактовки процессуальной истины как вероятного знания³. Приводимые суждения и их аргумента-

¹ См.: *Головки Л.В.* Новый УПК РФ в контексте сравнительного уголовно-процессуального права // Государство и право. – 2002. – № 5. – С. 81.

² См., например: *Петрухин И.Л.* Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. – М., 2004. – Ч. 1. – С. 148–153, 203; *Уголовно-процессуальное право РФ: Учебник / Под ред. И.Л. Петрухина.* – С. 244–248; *Баранов А.М.* Понятие и назначение уголовного судопроизводства. Источники уголовно-процессуального права: Учебное пособие / А.М. Баранов, Ю.В. Деришев, Ю.А. Николаев. – Омск, 2003. – С. 24, 25, 26; *Тарасов А.А.* Еще раз об истине в уголовном судопроизводстве // Новый УПК России в действии: Материалы круглого стола, 13 ноября 2003 г., Москва / Отв. ред. И.Ф. Демидов. – М., 2004. – С. 71–78. – С. 75–76.

³ См., например: *Быков В.М.* Об установлении истины в уголовном судопроизводстве / В.М. Быков, Г.А. Печников // Журнал российского права. – 2004. – № 3. – С. 48–53; *Ковтун Н.Н.* Спорные вопросы в теории доказательств (Об устранении действительных и мнимых противоречий в уголовном процессе) // Государство и право. – 1997. – № 6. – С. 70–75; *Печников Г.А.* О вероятной и объективной истинах в уголовном процессе. – С. 122–125; *Белоносков В.О.* Истина в уголовном судопроизводстве // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. – 2008. – № 6. – С. 133–137.

ция является вариациями трех уже давно известных и описанных нами концепций.

Скажем, модным является формалистский подход, соответствующий второй (когерентной) концепции истины. Так, В.В. Никитаев приходит к выводу, что «объективная (материальная) истина есть фикция, точнее юридическая фикция, позволяющая использовать Уголовный кодекс для постановления приговора: а потому ее сохранение как средства уголовного процесса предполагает, что на первое место будет поставлена процессуальная истина»¹. Под процессуальной истиной он понимает «соответствие судебного процесса (а значит, и его результата) требованиям процессуального права». Однако необходимо вспомнить, что в своей сущности фикция есть «прием законодательной техники, состоящий в признании существующего несуществующим и обратно»².

И.Б. Михайловская заключает, что юридическая истина имеет в своем основе принцип: «То, чего нет в материалах дела, не существует в мире». В силу этого принципа судебное решение может быть основано только на той информации, что содержится в деле и ни на чем ином»³.

По мнению В.В. Золотых, «современное законодательство ставит «непреодолимые препятствия» для достижения судом материальной истины», в числе которых он называет положение о недопустимых доказательствах, толкование сомнений в виновности лица в его пользу, свидетельский иммунитет, право обвиняемого пользоваться помощью адвоката и другие. Все эти названные положения ни в коей мере не могут способствовать достижению материальной истины, но законодатель пошел на это, отдав предпочтение достижению истины «во что бы то ни стало» законности и соблюдению прав человека. Соглашаясь с высказы-

¹ Никитаев В.В. Проблемные ситуации уголовного процесса и юридическое мышление. – С. 254.

² Панько К.К. Фикции в уголовном праве и правоприменении. – Воронеж, 1998. – С. 28.

³ См.: Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. – М., 2007. – С. 17.

ваниями С.А. Пашина, автор отмечает, что «судье необходимо акцентировать внимание не на цели доказывания, а на процедуре доказывания, поскольку он отвечает не за обнаружение истины, а лишь за то, чтобы результат судебного разбирательства был достигнут определенным образом»¹, то есть речь идет о формальной, условной истине².

Наконец, авторы работы, посвященной институту особого порядка судебного разбирательства, пишут: «Критерии достоверности судебной истины – формально-юридические. Если вышестоящий суд усмотрит кассационное или апелляционное основание для пересмотра приговора нижестоящего суда, значит судебная истина не была установлена. Если таковые не обнаружатся, значит истина была установлена судом»³.

Как уже указывалось, такое понимание истины легко можно упрекнуть в безнравственности и отрыве от реальной действительности. Получается, что за истинное может быть принято и такое положение, которое заведомо таковым не является, не отражает событие, произошедшее в действительности, с необходимой для области уголовного судопроизводства достоверностью. Получаем, что допустимо построение фиктивной модели несуществующей действительности, в том числе осуждение невиновного.

Вряд ли можно расценивать положения закона как «непреодолимые препятствия» для установления объективной истины. Это

¹ Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. – С. 164.

² Получается, объективной истины нет, а есть лишь стремление к познанию, соответствующему данному уровню познавательных сил. Категорию «истины» пора заменить категорией метода, процесса познания. Поскольку действительная истина недостижима, постольку мы должны довольствоваться лишь случайными взглядами в ее направлении и не очень беспокоиться о конечном результате. Главная забота не материал, а техника обращения с ним. Манипулирование с материалом. Такого рода рассуждения известны с древнейших времен, но и тогда, и сейчас их можно отнести к числу маргинальных.

³ Уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты сделки о признании уголовного иска / И.А. Александрова, И.В. Круглов, А.Ф. Кучин, А.Г. Смолин. – С. 133.

явное преувеличение. Современные правила состязательного уголовного судопроизводства – это продукт многовекового развития европейской цивилизации, которая показала свою устойчивость и эффективность. Ошибочно утверждать, что они не позволяют сконструировать адекватную модель произошедшего события.

К сторонникам «процессуальной, формальной» истины при-мыкают и те, кто проповедуют «новый софизм» (А.С. Александров и некоторые из его последователей)¹. По мнению А.С. Александрова, истина представляет собой «то, что принимается за истину всеми здравомыслящими людьми», «правдоподобное суждение, вероятность которого не вызывает разумных сомнений у здравомыслящего человека». Доказывание «будет считаться истинным в той мере, в какой оно показывает (удостоверяет) то, что мы уже знали»². Это достаточно известная точка зрения, которой придерживались в отечественной науке даже некоторые советские авторы. «Наибольшая достоверность выводов суда обеспечивается порядком, при котором всякий «рассудительный и здравомыслящий» представитель класса при тех же данных пришел бы к одинаковому заключению»³. Это парафраз известной английской концепции «разумных сомнений», о которой пойдет речь в следующем параграфе.

А.В. Аверин, много и витиевато рассуждая о судебной достоверности, в конце-концов тоже приходит к заключению, что достоверность (как убедительная вероятность) имеет, кроме субъективной стороны (в виде совести, личного сознания, убеждения судьи), и объективную сторону, поскольку должна формироваться в сознании человека не сама по себе, а на основании фактов действительности, которые как раз и существуют независимо от судейского убеждения. Всякая судебная достоверность, ставшая

¹ В предыдущих частях нашей работы уже содержалась критика этого направления.

² Уголовный процесс России: Учебник / А.С. Александров, Н.Н. Ковтун, М.П. Поляков, С.П. Сереброва. – С. 94.

³ Громов В. Уголовно-судебные доказательства. Теория доказательств и практика применения норм доказательственного права / В. Громов, Н. Лаговисер. – С. 56.

таковой вследствие превращения вероятности посредством убеждения судьи, должна быть разумна, а разумность в свою очередь должна иметь возможность доказать свое право на существование в юридической жизни, как и любая победившая версия¹. А.В. Аверин приходит также к давно известной мысли о том, что «должна быть возможность критически оценить основания, из-за которых вероятность посредством убежденности стала судебной достоверностью, «когда я, другой, третий, десятый, когда весь народ, когда общественное мнение, вникая в существо дела и восстанавливая в своем сознании ту цепь умозаключений, посредством коей судья установил достоверность вины или невинности подсудимого, можем сказать: мы бы точно также судили, если бы были на месте судьи»². Как пишет А.С. Александров, «судебная истина – это то, что принимается за истину всеми здравомыслящими людьми»³.

Приговор суда должен восприниматься общественным мнением как справедливый, только тогда цель правосудия – обеспечение определенности, стабильности в обществе – может считаться достигнутой. Концепция судебной истины исходит как раз из этого. Дело должно быть разрешено сообразно тем обстоятельствам, которые были установлены сторонами в суде согласно требованиям уголовно-процессуального права. Все эти моменты в трактовке судебной истины являются привлекательными. Одни они должны быть, на наш взгляд, не противопоставлены, а сопряжены с требованием установления объективной истины, то есть с требованием познания события преступления, так как оно было.

А.С. Барабаш считает, что неприемлемо в качестве цели уголовного процесса рассматривать истину в силу того, что невозможно в каждом конкретном случае достичь точного соответствия знаний действительности. Общим в определении истины яв-

¹ См.: Аверин А.В. Судебная достоверность. (Постановка проблемы). – Владимир, 2004. – С. 302, 303.

² Там же. – С. 303.

³ Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 117.

ляется оценочный момент, если знание точно соответствует действительности – оно истинно, если нет – ложно¹. «Обращает на себя внимание тот факт, – пишет А.С. Барабаш, – что в любом случае речь идет о знании, знании о чем-то. Применительно к необходимости получения его и формулируется цель, и когда она реализована, мы получаем знание»².

А.С. Барабаш предпринял культурологическое исследование, в котором попытался доказать неприемлемость состязательной парадигмы для русского уголовного судопроизводства и традиции доказывания истины³. При этом он делает вывод, что нельзя понимать под целью уголовно-процессуальной деятельности точное соответствие знаний действительности, которое не зависит ни от человека, ни от человечества. А.С. Барабаш показывает себя сторонником когерентной теории истины, поскольку считает, что представление об истинности обусловлено системой связей и отношений с понятиями, которые выступают набором инструментальных средств познания. Совершенного же понятия не существует. Никто из нас таким понятием не владеет, поэтому никто не вправе претендовать на истину как точное соответствие знаний действительности⁴.

Даже те, кто является сторонником концепции «объективной истины», считает нужным дополнить ее различными оговорками. Ярким примером тому может служить уже неоднократно цитируемая работа С.В. Балакшина. Этот ученый вначале утверждает, что «целью уголовно-процессуального доказывания является установление объективной истины, под которой необходимо понимать соответствие содержащихся в итоговых выводах и решениях органов расследования, прокуратуры и суда знаний об обстоя-

¹ См.: *Барабаш А.С.* Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 10.

² Там же.

³ См.: *Барабаш А.С.* Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. – СПб., 2005.

⁴ См.: *Барабаш А.С.* Публичные начала российского уголовного процесса. – С. 25; *Он же.* Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. – С. 200.

тельствах, входящих в предмет доказывания по уголовному делу, реальной действительности»¹. Однако далее он пишет, что «с учетом возможностей уголовно-процессуального доказывания в теории и практике уголовного процесса предлагается определить, с одной стороны, цель доказывания, то есть установление объективной истины, а с другой – цель правосудия»². Целью правосудия автор считает необходимым признать истину процессуальную, означающую соответствие выводов и решений суда об обстоятельствах, подлежащих доказыванию по уголовному делу, собранным и надлежащим образом проверенным и оцененным доказательствам³.

В.О. Белоносков пишет, что истина продолжает оставаться целью уголовного судопроизводства, в противном случае правоприменители были бы дезориентированы в своих действиях. Однако совокупность знаний, получаемая в ходе расследования уголовного дела и судебного разбирательства, не может именоваться истиной в строгом смысле слова, так как уголовное судопроизводство не располагает соответствующими средствами⁴. Прямо скажем, не очень оригинальные выводы.

В одной из последних диссертаций, посвященных проблемам установления истины, ее автор – Г.В. Стародубова попыталась привести новые аргументы в пользу наиболее ортодоксального варианта трактовки объективной истины⁵. Она утверждает, что истина в уголовном процессе понимаема как полученное в строго определенной законом процессуальной форме и выраженное в приговоре суда исчерпывающее и системное знание о преступлении и лице, его совершившем, адекватно отражающее действи-

¹ Балакишин В.С. Доказательства в теории и практике уголовно-процессуального доказывания (важнейшие проблемы в свете УПК Российской Федерации). – С. 11–12.

² Там же.

³ См. там же.

⁴ См.: Белоносков В.О. Истина в уголовном судопроизводстве. – С. 136.

⁵ Характерной для воронежской школы процессуалистов, которая ассоциируется с именем профессора Л.Д. Кокорева.

тельность¹. По ее мнению, можно представить истину по УПК РФ как достаточную совокупность сведений об обстоятельствах плюс совокупность достаточных сведений о поведении. Истина в уголовном процессе есть, в первую очередь, не что иное, как реконструированная модель поведения лица – подсудимого. Причем эта модель поведения согласуется с диспозицией одной из статей Особенной части УК РФ². «Процесс доказывания», «процесс познания» или «установления истины» – понятия в данном случае тождественные, и соответственно истина как реконструированная модель поведения во внешних условиях, необходимая для реализации УК РФ, на этом исчерпывается. Исчерпание истины (доказанность) возникает в момент, когда имеются необходимые и достаточные сведения о поведении и обстоятельствах, соотносимые с диспозицией и гипотезой статьи УК РФ³.

Как пишет Г.В. Стародубова, установление истины является содержанием уголовно-процессуального доказывания, выступающем в единстве его элементов (следственные, судебные, иные процессуальные действия) как целого, его свойств (формализованность, публичность, управляемость), связей (с уголовным правом, дающим «схему» истины; с административным правом (+кибернетика) в плане управления процессом установления истины). Истина как результат, как восстановленная, реконструированная модель поведения есть цель доказывания⁴. При этом, по мнению Г.В. Стародубовой, отрицание необходимости установления истины в уголовном процессе подрывает основные устои судопроизводства, делает его не только бессмысленным, но и бесполезным. Отсутствие в УПК РФ определения истины как цели доказывания указывает на изначально обвинительный уклон законодательства⁵. При этом она призна-

¹ См.: Стародубова Г.В. Методы и управление процессом установления истины в уголовном судопроизводстве. – С. 5–6, 24–26 и др.

² См. там же. – С. 26

³ См. там же. – С. 28–31.

⁴ См. там же.

⁵ См. там же. – С. 30.

ет, что полное, стопроцентное раскрытие всех совершенных преступлений возможно только в рамках утопической модели государства, которая обладает идеальным в сущности уголовно-процессуальным механизмом установления истины, не дающим сбоев и промахов. В современной Российской Федерации, как и в других государствах мира, такого механизма не существует в силу объективных (уровень развития науки и техники, государственное финансирование прикладных отраслей знаний, правоохранительных органов и др.), а также субъективной причины (несовершенство самого человека с его пороками и недостатками). Существование же идеального механизма в будущем вызывает обоснованные сомнения¹.

Работа Г.В. Стародубовой и других авторов, которые пытаются приспособить трактовку объективной истины, выработанную советской процессуалистской школой, к современным условиям, наводит на ряд мыслей. Думаем, что не стоит разводить концепции объективной истины и судебной истины как боксеров в разные углы ринга. Можно найти области совпадения этих концепций и представить некую комплексную концепцию. Ведь истина судебная, истина, созданная по правовым предписаниям пользования доказательственным материалом, в том числе по правилам, отбраковывающим часть материала, пригодного, с точки зрения здравого смысла, для выяснения истины, может вполне быть объективной истиной, соответствующей объективной реальности. И безусловно, что чаще всего именно так и бывает. Почему бы не исходить из этого вполне обычного состояния дел? Если такая теория объясняет происходящее в большинстве случаев, почему ее не считать наиболее правильной. Тем более, что ни один из радикальных изводов (абсолютная истина или формальная истина) из нее не может претендовать на правильность. Поэтому совершенно прав Е.А. Карякин, который приходит к выводу, что «следует объединить обозна-

¹ См.: *Стародубова Г.В. Методы и управление процессом установления истины в уголовном судопроизводстве.* – С. 45.

ченный выше «конгломерат истин» в уголовном судопроизводстве единым учением (концепцией)»¹.

Конечно, не просто примирить авторитарную правовую традицию с идеалами человеколюбия. Но лучшие представители отечественной юриспруденции пытались это сделать, причем именно на уровне рассуждений об истине судебной². Наверное, следует выступать за эволюционный, постепенный переход от ортодоксальной – абсолютивистской концепции объективной истины к более мягкой форме ее интерпретации³.

Можно согласиться с такой мыслью Г.В. Стародубовой: «Думается, что, имея такие исходные данные при определении, конструировании и совершенствовании модели уголовного процесса, необходимо определить, какая социальная ценность: защита прав и свобод личности, вовлеченной в уголовное судопроизводство, или установление материальной истины по каждому уголовному делу всеми мыслимыми способами, – имеет приоритет для государства и общества. Теоретики, практики, законодатель вынуждены указать, что является более приемлемым – оправдание виновного или осуждение невинного – в рамках действующего уголовного процесса. Однако полагаем, что признание УПК РФ приоритета защиты личности от необоснованного ограничения (в ряде случаев лишения) ее прав и свобод не означает отрицания истины как цели уголовно-процессуального доказывания»⁴.

¹ Карякин Е.А. Формирование истинности приговора в состязательном судебном производстве. – С. 124.

² Вспомним известные слова Ф. Плевако, обращенные к судьям, о том, что судить надо с «любовию», а не с ненавистью к преступнику.

³ Характерно, что если брать последние учебники, то в большинстве из них уже не утверждается о возможности достижения только вероятной, относительной истины.

См., например: Смирнов А.В. Уголовный процесс / А.В. Смирнов, К.Б. Калининский. – С. 66–67; Уголовный процесс РФ: Учебник / Под ред. Б.Б. Булатова, А.М. Баранова. – М., 2008. – С. 119.

⁴ Стародубова Г.В. Методы и управление процессом установления истины в уголовном судопроизводстве. – С. 160.

Нельзя повторять путь, уже приведший в советское время отечественную теорию доказательств в тупик. Одна концепция, какая бы правильная она ни была, не может претендовать на монопольное место единственно верного учения, место в науке и подавлять альтернативные течения. Напротив, из конкуренции с ними она могла бы развиваться, обогащаться.

Человеческое правосудие несовершенно. Назначение права не в том, чтобы создать рай на земле, а в том, чтобы не дать ей превратиться в ад. Достоинство состязательной модели правосудия состоит прежде всего в том, что она снижает вероятность осуждения невиновного, но отнюдь не гарантирует неотвратимости ответственности каждого преступника за совершенное преступление.

Как сказала в напутственном слове присяжным заседателям судья Г.Д. Понаморева, «в прениях адвокат Бутко призвал Вас установить истину по делу и возложил на Вас ответственность за виновность подсудимых. Я хочу еще раз пояснить Вам, что одной из задач правосудия является восстановление события как можно приближеннее к реальной действительности, через доказательства, исследуемые в суде. Полностью в суде реальные события познать нельзя. Задача присяжных заседателей не устанавливать истину, а решать вопрос, доказал ли обвинитель обвинение полностью или частично, или не доказал. Закон не возлагает на Вас ответственность за виновность подсудимых. Вы решаете данное конкретное дело, на основании представленных доказательств определяете, доказано ли обвинение или нет, виновен ли подсудимый в содеянном»¹. В другом процессе председательствующий судья отметил: «Никто из присутствующих здесь юристов, никто из Вас, уважаемые присяжные заседатели, не был очевидцем события, которое послужило поводом прокуратуре для уголовного преследования подсудимых. Поэтому у нас нет другого выхода, как восстановить прошлое по доказательствам, которые мы наблюдаем... Даже если, вспоминая услышанное в процессе, Вы не

¹ Архив Санкт-Петербургского городского суда, 2004, д. № 2-166/04.

сможете решить, как было дело в действительности, Вы всегда способны ответить, в какой мере обвинение против подсудимого согласуется с доказательствами»¹.

В состязательном судопроизводстве задача обвинителя состоит в собирании материал достаточного, чтобы доказать обвинение в суде. Задача защиты – показать, что обвинитель не справился с этой своей задачей. Задача суда – вынести приговор на основе того доказательственного материала, который предоставили стороны. В идеале каждый преступник должен быть по справедливости наказан. Но это не достижимый идеал. Не в последнюю очередь потому, что сами человеческие представления об истинном, справедливом являются относительными, то есть укорененными в определенной парадигме, интеллектуальном, культурном ландшафте.

Состязательный уголовный процесс в познавательном аспекте основывается на концепции вероятной – *судебной истины* и *здравого смысла* судящих как критерия достижения ее в данном деле. Концепция судебной истины отрицает монополию избранных на истину и предполагает такое устройство общества и публичной судебной речи, когда правом голоса обладает каждый свободный гражданин и решение принимается большинством. Власть принадлежит народу в том государстве, где народ (в лице его представителей – присяжных заседателей) вправе эту истину провозглашать в форме вердикта.

Новый подход к определению судебной достоверности должен основываться на принципах состязательности, равноправия сторон, устности, которые составляют основу современной идеологии процесса. К ним относятся нормативные положения, содержащиеся в статье 49 Конституции России, а также в частях 3 и 4 статьи 14, статье 17, части 4 статьи 299, части 3 статьи 340, статьях 369, 379 УПК РФ.

На наш взгляд, ключевое значение для понимания концепции судебной истины, заложенной в уголовно-процессуальное право,

¹ Архив Московского окружного военного суда, 2005, д. № 1/9-05.

имеют понятия «сомнения», «предположения», которые используются для характеристики оценки доказательств и качества судебного решения. Судебная истина есть категория оценочная, прежде всего, оценка касается вероятности знания, достигнутого об обстоятельствах, ставших предметом судебного спора. Предусмотренные УПК свойства приговора, как-то: законность, обоснованность и справедливость являются ценностными суждениями. Аксиологические (ценностные) суждения невозможно обосновать только логически. Они характеризуют *определённое психическое состояние* судей (а в широком смысле – у аудитории в лице всего народа) – так называемой *убежденности*. Вне человека нет оценки. Убежденность основывается не только на рациональных доводах, но и на вере. Законный обоснованный и справедливый приговор суда – это такой приговор, который воспринимается таковым обществом и любым здравомыслящим человеком. Правосудный приговор – это приговор, который принят на основе убеждения судей в правильности своего решения и который убеждает в своей правосудности окружающих.

Приговор суда – это оценочный текст, в нем нет места естественно-научной истине. В суде человек является мерой того, что существующее существует, а несуществующее не существует. Отношения между судебной оценкой и фактом не могут быть квалифицированы в категориях формальной логики, они могут рассматриваться как более или менее убедительные. Убедительность приговора проистекает из многих причин. Главная из них в том, что судьи, как и все люди, способны принимать решения исходя из общепонятных посылок, общепризнанных ценностей¹.

Вывод из общего и доказательство по основаниям, укрепленным в области человеческой психологии, не может быть никаким иным как вероятным суждением. Судебная истина – есть утверждение, правдоподобие, вероятность которого не вызывает разумных сомнений у нормальных людей. Факты, которыми опериру-

¹ См. об этом: Комментарий к УПК РФ / Отв. ред. В.И. Радченко; Науч. ред. В.Т. Томин, М.П. Поляков. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2006. – С. 632–635.

ют в суде, не могут рассматриваться как абсолютные величины, непроницаемые для сомнений; они есть данные, объективность которых опирается на здравый смысл и житейский опыт людей, который объединяет и стороны, и судей в единое сообщество тех, кто способен понимать друг друга и отличать правду от лжи, вероятное от невероятного.

Свойство *законности* приговора вытекает из уголовно-процессуального принципа законности. Все решения суда должны быть законными, обоснованными и мотивированными (ч. 4 ст. 7 УПК). Поэтому решение суда должно быть юридически правильным. Законность приговора означает, что он по своей форме соответствует закону, по своему содержанию основывается на материалах дела, которое было расследовано и рассмотрено судом в точном соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона. Законность приговора означает также, что правильно применен уголовный закон и все иные законы¹.

Правосудность приговора есть комплексное качество его, включающее законность, обоснованность (но также мотивированность – убедительность) и справедливость. Истина объективная (референтная), как результат рационального познания объективной реальности, оценки фактов по делу, и правда нравственная, «понятая» совестью судьи, в идеале должны сочетаться. Но моральной правде, справедливости, очевидно, надо отдать приоритет по сравнению с объективной достоверностью. Ведь последняя может быть только вероятной. Поскольку результат рационального доказывания представляет собой вероятное знание, постольку окончательный вывод судья делает, руководствуясь совестью. Критерий об отсутствии разумных сомнений – это нравственный императив, которым судья должен руководствоваться при решении вопроса о виновности обвиняемого по предъявлен-

¹ См.: Комментарий к УПК РФ / Отв. ред. В.И. Радченко; Науч. ред. В.Т. Томин, М.П. Поляков. – С. 632–635.

ному обвинению, когда необходимо оценить доказательства и в пользу этого вывода, и против.

Разумные люди, использующие свои чувства и рациональные способности, могут устанавливать истины, относительно которых у них не будет причин сомневаться. «Истина на суде есть убеждение судьи, а убеждение судьи основывается, во многих случаях, на гипотезе»¹. Это убеждение основывается не на познанной ими «объективной истине», а на отсутствии у них «разумных сомнений» полагать обратное. Сказанное означает, что любой *здоровымыслящий человек* пришел бы в данном случае к такому же решению.

Полагаем, объективность данным, которые используются аргументатором в суде в качестве посылки для своего умозаключения, придает большая посылка – общее место, не требующее доказательства, принимаемое слушателями за объективное *по вере, по убежденности*. При этом законодательная конструкция статьи 17 УПК РФ, закрепляющей принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению, не включает в себя каких-либо положений, допускающих возможность произвольной оценки доказательств вопреки законам логики, как совершенно справедливо отметил Конституционный Суд РФ в определении № 183-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шулятьева Алексея Викторовича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 17 УПК РФ». Напротив, в ней содержится указание судье, присяжным заседателям, прокурору, следователю и дознавателю при оценке доказательств не только исходить из своего внутреннего убеждения и совести, но и основываться на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств и руководствоваться законом, что должно исключать принятие произвольных, необоснованных решений².

¹ Владимиров Л.Е. Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств. – С. 24.

² См.: Определение Конституционного Суда РФ от 27 мая 2004 года № 183-О // СПС «КонсультантПлюс».

Разумеется, формальная законность и убедительность результатов судебного познания еще не достаточны для того, чтобы приговор был «истинным». Только при совокупности всех трех качеств: законности, обоснованности и справедливости приговор суда приобретает значения акта правосудия. *Справедливость* есть такая оценка судом обстоятельств дела, личности подсудимого и принятие такого решения, которое отвечает назначению уголовного судопроизводства (ст. 6 УПК). Справедливость связана с формальной правильностью приговора и его обоснованностью, мотивированностью, но не сводится к ним, поскольку выражает идеологический, нравственный аспект судебного решения. Оценка справедливости приговора вскрывает присутствие (или отсутствие) в приговоре нравственного, то есть идеального, составляющего. Посредством справедливости приговора устанавливается соответствие между *юридической правильностью* и миром общезначимых представлений о добре и зле, объединяющих людей в единую нацию, общество, народ. Справедливость приговора призвана отразить нравственную сторону правосудия, поскольку, назначая подсудимому наказание, суд обязан правильно оценить степень и характер общественной опасности содеянного, обстоятельства, характеризующие личность виновного, обстоятельства, смягчающие и отягчающие ответственность в их совокупности, и в точном соответствии с этим определить вид и размер наказания, назначаемого виновному по приговору суда¹. Таким образом, правильное судебное знание должно характеризоваться как *нравственная, моральная истина*. Аудитория в идеале должна верить суду, и эта вера должна распространяться на его решения.

Судебная истина – это знание об обстоятельствах дела, полученное в ходе разбирательства, правильность которого не вызывает разумных сомнений у судей. Факты, на которых судьи основывают свое суждение о том, что скорее всего было на самом де-

¹ См.: Комментарий к УПК РФ / Отв. ред. В.И. Радченко; Науч. ред. В.Т. Томин, М.П. Поляков. – С. 635.

ле, являются сведениями, достоверность которых вероятна, то есть они исключают не любые сомнения, но только те, которые не позволили бы разумному человеку считать другого человека преступником, то есть не таким, как все, а таким, кто противопоставил себя людям и принятым между ними представлениям о добре, справедливости, правде.

§ 2. «Отсутствие разумных сомнений» как критерий истины

У нас совершенно нет внутреннего развития, естественного прогресса; каждая новая идея бесследно вытесняет старые, потому что не вытекает из них, а является к нам Бог весть откуда... мы воспринимаем всегда лишь готовые идеи.

П.Я. Чаадаев

Любая правовая система нуждается в выработке методов по определению виновности или невиновности обвиняемого. Эти методы должны иметь идеологию, разрабатываемую правовой теорией. Завершая разговор о поиске новой идеологии, необходимо обратиться к ключевой теме, связанной с вопросом правдоподобия, вероятности судебного знания.

Очевидно, с нашей стороны было бы опрометчивым заявлять, что мы можем сказать что-либо действительно значительное по вопросам формирования внутреннего убеждения судьи, психологии процесса принятия решения и многим другим вопросам, которые были предметом исследования наших коллег. Но один аспект проблематики, связанной с определением истинности, в нашей литературе долгое время оставался без внимания. А между тем он важен. Это стало особенно заметным со времени деятель-

ности суда присяжных. В практике судов с участием присяжных заседателей формируется очертания такой концепции истины, которая носит не теоретический и даже не профессиональный, а прагматический, общедоступный характер, ориентированный не на юриста, а на обычного человека.

Новый подход к определению судебной достоверности зиждется на конституционных принципах. К ним относятся нормативные положения, содержащиеся в статье 49 Конституции РФ, в статьях 7, 8, 14, 19, части 4 статьи 299 УПК РФ.

На наш взгляд, методологическое значение для обновления концепции судебной истины, доказываемой в ходе уголовного судопроизводства, имеет понятия «сомнения», «предположения», которые используются для характеристики оценки доказательств и качества судебного решения.

Так, при определении презумпции невиновности употребляется термин «сомнения» (ч. 3 ст. 14 УПК РФ), а иногда термин «неустранимые сомнения» (ч. 1 ст. 49 Конституции РФ). При этом содержание данных терминов не раскрывается ни в одном из законов. Между тем очевидно, что категория, о которой идет речь в приведенных случаях, важна как в методологическом плане, так и в практическом. В методологическом плане значение данной категории заключается в том, что через нее происходит выход не только на понимание презумпции невиновности, но также и на такие понятия, как «цель доказывания», «судебная истина». Очевидно, что критерий «отсутствие сомнения (неустранимого)» является парным с критерием «предположения» и неразрывно связан со «свободной оценкой».

Цель наших исследований в настоящем параграфе состоит в том, чтобы попытаться осмыслить некоторые отечественные разработки, касающиеся понятия «отсутствие сомнений», напомнить исторические корни концепции «отсутствие разумных сомнений» и положить начало систематическим исследованиям названного правового феномена.

Начнем с констатации того, что тема «разумных, неустранимых сомнений» стала одной из обязательных при разъяснении

присяжным основ доказательственного права. Критерий «отсутствия разумных сомнений» нужен присяжным для оценки степени правдоподобия полученных в ходе судебного следствия сведений относительно виновности подсудимого и убедительности доводов стороны обвинения.

Поскольку при рассмотрении уголовных дел судами с участием присяжных вполне проявилась актуальность такого феномена, постольку уже из-за одной этой причины требуется ее теоретическое осмысление. Что понимать под «разумными сомнениями», которые должны отсутствовать у присяжных заседателей при принятии решения о виновности подсудимого? Как квалифицировать знание, которое отвечает данному критерию?

Приведем несколько примеров из наставлений присяжным заседателям, где разъясняется критерий отсутствия разумных сомнений. Так, председательствующий судья Е.В. Зубов по уголовному делу №1/9-2005 в своем напутственном слове сказал: «По правилам уголовного судопроизводства в пользу подсудимого толкуются все неустранимые сомнения в его виновности. В пользу подсудимого должно толковаться всякое разумное сомнение. Разумным считается такое сомнение, которое можно разумно объяснить, которое основано на здравом смысле, а не на предвзятом мнении, предположениях, воображениях, чувствах симпатии или антипатии к подсудимым. Неустранимыми считаются те сомнения, которые невозможно устранить путем тщательного и всестороннего анализа представленных Вам доказательств, остающиеся после долгой и внимательной оценки каждого доказательства в отдельности и в совокупности, путем сопоставления их друг с другом»¹.

В напутственном слове председательствующего судьи Н.Н. Приданниковой говорится: «Если Вы находите, что обвинение доказало вину подсудимого, Ваш долг признать его виновным, а если не смогло с несомненностью доказать виновность, Вы обязаны признать его невиновным. Сомнения должны толко-

¹ Канцелярия по уголовным делам Московского окружного военного суда.

ваться в пользу подсудимого. Но не все, а только *разумные и неустранимые* (выделено мной. – А.К.). Что такое разумные сомнения? Это такие сомнения, которые можно разумно объяснить, основанные на здравом смысле, а не на предвзятом мнении, предположениях, воображениях, чувствах симпатии или антипатии к подсудимому. Неустранимые сомнения – это те, которые невозможно устранить путем тщательного и всестороннего анализа представленных Вам доказательств, остающиеся после долгой и внимательной оценки каждого доказательства в отдельности и в совокупности»¹.

Судья Н.И. Олихвер отмечает: «По смыслу наших законов нельзя предполагать виновности подсудимого. Подсудимый не обязан доказывать свою невиновность. Невиновность презюмируется, то есть предполагается заранее. Если Вы находите, что обвинение несомненно доказало вину подсудимого, Ваш долг признать его виновным, а если обвинение не смогло с несомненностью доказать виновность, Вы обязаны признать его невиновным. Сомнения должны толковаться в пользу подсудимого. Но сомнения эти должны быть разумными и неустранимыми. Что такое разумные сомнения? Это такие сомнения, которые можно разумно объяснить, основываясь на здравом смысле, а не на предвзятом мнении, предположениях, воображениях, чувстве симпатии или антипатии к подсудимому, желании угодить общественному мнению, оправдать ожидания друзей и т. п. Неустранимые сомнения – это те, которые невозможно устранить путем тщательного и всестороннего анализа представленных Вам доказательств в отдельности и в совокупности. Обвинительный вердикт не может быть основан на предположениях и догадках»².

Председательствующий судья Г.Д. Пономарева по уголовному делу № 2-166/04 указала в напутственном слове присяжным засе-

¹ Уголовное дело № 2-81/05 по обвинению Леонтьева Р.В. по статье 105, части 2, пункту «ж» УК РФ // Канцелярия по уголовным делам Ростовского областного суда.

² Архив Московского городского суда, 2004, д. № 2-46/04; 2005, д. № 2-70-19/05.

дателям, что «все неустранимые сомнения должны толковаться в пользу подсудимого. Принимая то или иное решение, Вы должны убедиться, что принимаете его по доказанному факту, доказанному вне всякого сомнения. Если же у Вас имеются неустранимые сомнения, то вы должны толковать их в пользу подсудимого. При этом, говоря о сомнениях, я имею в виду те из них, которые не представилось возможным устранить. Необходимо видеть разницу между сомнением в виновности, оставшимся после тщательного взвешивания всего, что говорилось «за» и «против», и тем сомнением, которое легко возникает там, где умственная работа недостаточно напряжена или где легко возникающее сомнение дает соблазнительный повод от умственной работы уклониться. Только тогда, когда вы примете все от вас зависящее, чтобы устранить это сомнение, а это вам не удалось, вы можете толковать его в пользу подсудимого»¹.

Перечислять дальше формулировки по рассматриваемой теме не имеет смысла, так как судьи повторяются².

Как видим, тема «разумных сомнений» стала одной из обязательных при разъяснении присяжным основ доказательственного права. Это вполне закономерно. Критерий «отсутствия разумных сомнений» нужен присяжным для оценки степени правдоподобия полученных в ходе судебного следствия сведений относительно виновности подсудимого и убедительности доводов стороны обвинения. Следовательно, концепт «разумные сомнения» имеет методологическое значение. Он, очевидно, связан со «свободной оценкой» доказательств и соответственно важен для понимания природы «судебной истины». Данный критерий судебной достоверности неразрывно связан с презумпцией невиновности (ст. 49 Конституции РФ), состязательностью (ст. 123 Конституции РФ), свободой оценки доказательств (ст. 17 УПК), поэтому его следует

¹ Канцелярия по уголовным делам, рассмотренным по первой инстанции, Санкт-Петербургского городского суда.

² Мы изучали уголовные дела в Ростовском областном суде, Московском городском суде, Московском окружном военном суде, Санкт-Петербургском городском суде.

считать неотъемлемой частью состязательного правосудия, современной культуры судоговорения¹.

Несмотря на очевидную актуальность в отечественной уголовно-процессуальной науке эта проблематика не разрабатывалась и не разрабатывается². Имеются только самые первые попытки разобраться в концепции «отсутствия разумных сомнений» и применить ее на практике.

Известный процессуалист А.М. Ларин, комментируя статью 49 Конституции РФ, указывал: «Правовые последствия порождает не любое, а лишь неустранимое сомнение. Неустранимым признается сомнение, которое остается после всестороннего исследования обстоятельств дела с использованием следователем и прокурором всех находящихся в их распоряжении средств и способов собирания доказательств. Истолкование сомнений в пользу обвиняемого состоит в том, что вызывающее сомнения событие преступления, участие в нем обвиняемого, обстоятельства, отягчающие ответственность, уличающие обвиняемого доказательственные факты признаются несуществующими. И напротив, вызывающие сомнение невиновность обвиняемого, наличие оправдывающих или смягчающих обстоятельств признаются установленными, если их существование достоверно не опровергнуто»³.

¹ Мы согласны с А.С. Александровым, который считает, что проблема русской правовой культуры состоит в том, что она заимствует институты, являющиеся продуктами длительного процесса развития, без переживания этого процесса. Поэтому, будучи пересаженными на нашу почву, эти институты и концепции кажутся чужеродными, не связанными с нашей культурной средой.

См.: Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 88–97, 127–142.

² В свое время конструкция судебной истины, определяемой с помощью критерия разумных сомнений, была подвергнута уничижительной критике М.С. Строговичем, что, наверное, не лучшим образом сказалось на научной активности в данном направлении.

См.: Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. – С. 109 и след.

³ Конституция РФ: Научно-практический комментарий / Под ред. Б.Н. Топорнича. – М., 1997. – С. 334.

Не менее скупы и комментарии действующего уголовно-процессуального законодательства на счет «сомнений», употребляемых в статье 14 УПК РФ. Так, профессор В.Т. Томин, комментируя статью 14 УПК РФ, ограничивается по интересующей нас теме таким высказыванием: «Правило о толковании сомнений в пользу обвиняемого касается, видимо, только фактов. К вопросам квалификации преступления и наказания это правило, наверное, не относится»¹.

Более развернутые рассуждения относительно того, что следует понимать под «отсутствием сомнений», имеются в комментарии А.С. Александрова к статье 299 УПК РФ: «Законодатель обязывает суд разрешить вопросы о том, *доказано ли*, что имело место деяние, в совершении которого обвиняется подсудимый; *доказано ли*, что деяние совершил подсудимый. Суд вправе утвердительно ответить на эти вопросы тогда, когда убежден в правильности ответа. Убеждение суда основывается на *такой степени доказанности* правдоподобия (вероятности) имевших место в прошлом фактов события уголовно наказуемого деяния и совершения этого деяния подсудимым, которая исключает всякие разумные сомнения на этот счет у суда. При наличии у суда разумных оснований сомневаться в доказанности утверждения обвинителя о том, что подсудимый совершил инкриминируемое ему преступление, ответы на первые два вопроса должны быть отрицательными. 4. Убеждение суда в виновности подсудимого основывается не на познании объективной истины, а на такой степени доказанности вероятной виновности подсудимого по предъявленному ему обвинению, которая исключает разумные сомнения в его невиновности (п. 4 ч. 1 ком ст.). Все сомнения в виновности подсудимого толкуются в его пользу (ч. 3 ст. 14 УПК)»².

В другой своей работе этот автор еще более многословно, но от того не более вразумительно высказывается относительно то-

¹ Комментарий к УПК РФ / Отв. ред. В.И. Радченко; Науч. ред. В.Т. Томин, М.П. Поляков. – С. 44.

² Там же. – С. 639.

го, что следует понимать под «разумными сомнениями». Он пишет: «Идеализированный взгляд на правосудие, как деятельность, в которой люди действуют всегда разумно, беспристрастно, не учитывает прагматику судебной речи. Судебная истина – *эта нравственная, идеологическая истина*. Вердикты выносятся присяжными на основе их внутреннего убеждения в доказанности виновности обвиняемого. Это убеждение основывается на отсутствии у них «разумных сомнений» полагать обратное. Доказывание, исключаящее разумное сомнение, не означает доказывания без тени сомнения. Это вероятностное знание. Таким образом, состязательный уголовный процесс в познавательном аспекте основывается на концепции *судебной истины как вероятного, прагматичного знания и здравого смысла* судящих как критерия этой истины.

Разумные основания для сомнений составляют кассационные и апелляцияционные основания. Иными словами, критерии правильности судебной истины формально-юридические. Если вышестоящий суд усмотрит кассационное или апелляцияционное основание для пересмотра приговора нижестоящего суда, значит, судебная истина не была установлена. Понятно, что коль скоро судебная истина есть результат судебной речи, является договорной, то значит она по сути является материальной презумпцией. Судебная истина даже может быть только вероятным знанием. Но эта вероятность настолько высока, насколько простирается критицизм здравого смысла. Одновременно, судебная истина – это, по мнению риториков, выражение доверия и даже расположения, симпатии аудитории и суда к оратору и его речи¹. Заметим, что такого рода рассуждения еще более затрудняют понимание.

На наш взгляд, наиболее правильный подход к трактовке понятия «сомнение» демонстрирует И.Л. Петрухин. Он пишет: «Сомнение – это интеллектуальная эмоция, выражающаяся в состоянии неуверенности, основанном на недостаточности инфор-

¹ Александров А.С. Введение в судебную лингвистику. – С. 173.

мации, необходимой для принятия правильного и твердого решения. Наличие или отсутствие сомнений связано с индивидуальными особенностями психики познающего субъекта. В доказательственном праве необходимо отвлечься от этих особенностей и связать психологический аспект сомнения со степенью его обоснованности. В этом смысле сомнение – такое состояние неуверенности, которое неизбежно должно возникнуть у следователя, суда в результате того, что вывод о факте не вытекает с неизбежностью из собранных в процессе исследования доказательств»¹.

Итак, в научных комментариях к положениям российского закона имеются попытки разъяснения категории «разумные сомнения», имеется практика толкования этого понятия и в практике суда с участием присяжных заседателей, все это подчеркивает актуальность проведения специального научного исследования по данной теме. Нам надо понять корни этой правовой категории. Из того, что было сказано, уже очевидно, что здесь затрагиваются чувствительнейшие места теории доказательств.

Попытаемся прежде всего разобраться с происхождением понятия «неустранимые разумные сомнения»². Совершенно очевидно, что оно имеет ближайшее родство с английской концепцией «beyond a reasonable doubt». На наш взгляд, именно данная концепция, сформировавшаяся в недрах западно-европейской юридической традиции, в модифицированном виде нашла проявление в современном российском законодательстве³.

¹ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. / Л.Н. Башкатов и др.; Отв. ред. И.Л. Петрухин. – М., 2006. – С. 231.

² Полагаем, именно этот термин, а не «сомнения» является более точным, а следовательно, предпочтительнее употреблять именно его.

³ Очевидно, что в той мере, в какой мы считаем себя европейцами, а нашу правовую систему – частью европейской правовой семьи, в той же мере исходные предпосылки к пониманию природы судебной истины и критериев ее установления присяжными у нас должны быть такими же, как у других европейских народов.

В английском праве данная концепция сложилась не сразу. Истоки концепции «вне разумных сомнений» лежат в античной риторике, христианской религии и этике, а также философии¹. Такие категории, как «moral certainty» (внутреннее убеждение), «beyond reasonable doubt» (вне разумного сомнения), «settled belief» (обоснованное убеждение), «common fame» (общая репутация), «the causes of suspicion» (основания для подозрения), «probable cause» (вероятная причина) длительное время развивались, модифицировались и, наконец, сформировали определенную доктрину уголовно-процессуального доказывания, которая удовлетворительно объясняет то, как в суде законным и надежным путем устанавливать факты, учитывая, что жизни и свободы многих граждан зависят от этого, и допуская, что возможны человеческие ошибки².

Указанные категории происходят от первоначального разделения понятий «вероятность» и «точность», которые были впервые исследованы в Греции и Риме. Категория «вероятность» была важнейшей частью теории риторики. Аристотель в «Риторике» указывает, что убеждение основывается не на истине, а на правдоподобии. Стагирит сделал вывод, что вероятность никогда не открывается принесением невероятного доказательства³. Он также провел различие между искусственными и не искусственными доказательствами⁴. По его мнению, и те и другие могли быть опровергаемы средствами риторического убеждения, то есть не были совершенны. Позднее Квинтилиан придавал особое значение ораторским приемам применения различ-

¹ Блестящее исследование значения античной риторики и других интеллектуальных традиций для формирования европейской доктрины судебного доказательственного права дается в работах Хаима Перельмана.

См.: *Perelman Ch. Justice, Law and Argument / Essays on Moral and Legal Reasoning*. – Dordrecht; Boston; London, 1978.

² См.: *Shapiro B. «Beyond Reasonable Doubt» and «Probable Cause»*. – P. 248, 252.

³ См.: *Аристотель*. Топика, 5. 1357a 35.

⁴ В дальнейшем риторическое деление доказательств на искусственные и не искусственные сыграло особо важную роль в формировании учения о прямых и косвенных доказательствах.

ных неискusstвенных доказательств (свидетелей, пытки, слухов, репутации) и отмечал, что они могут быть как заслуживающими доверия, так и не имеющими доверия; могут быть допущены в качестве средства установления истины или опровергаемы. В судебной ораторике в качестве доказательств использовались *признаки* («*signas*»). По Квинтилиану, «аргументы», основанные на признаках, имеют дело с вероятностью¹. Знаки или признаки, приметы или следы есть некоторые вещи, которые указывают на какие-то события, их вероятность или причины; оратор может строить на них разнообразные доводы для убеждения судьи. Так, запятнанная кровью одежда может быть знаком того, что было совершено убийство.

С другой стороны, как напоминает он начинающему оратору, пятна крови могут быть результатом кровотечения из носа. Следы крови, подкрепленные другими обстоятельствами, могут послужить сильным свидетельством против обвиняемого. Квинтилиан не только полагал, что «признаки» могут быть более или менее несомненными, но также указывал, что некоторые из них могут стать особо убедительными при соединении с другими доказательствами². Это указание впоследствии

¹ Один такой вид вероятностного аргумента может быть получен от «репутации лица». Поскольку широко распространено мнение, что дети похожи на своих родителей и предков, аргументы по происхождению из семьи могут быть употреблены для установления честного или скандального образа жизни. Аргументы, основанные на национальности, поле, возрасте, образовании, привычках, личном состоянии или положении, могут иметь значение. Мужчины более склонны к воровству, женщины к отравительству – это еще одна презумпция. Высокопоставленные люди, должностные лица и просто свободные люди более вероятно являются невиновными, чем те, кто находится в зависимом положении, или кто лично несвободен, или рабы. Лица, имеющие страсть или склонность к жестокости, жадности или роскоши, порождают сильные аргументы против себя. Таким образом, знаки и предположения могли быть употребляемы в доказывании оратором своего дела самыми разнообразными способами.

См.: Квинтилиан М.Ф. Двенадцать книг риторических наставлений. – Т. 1. – С. 314–317, 341–344.

² См. там же. – С. 341.

было воспроизведено в романо-каноническом доказательственном праве, при разработке правил о пользовании косвенными уликами¹.

То, что для древних ораторов было разновидностями риторических аргументов, в позднейшей европейской правовой традиции трансформировалось в категории *прямых* и *косвенных* доказательств. Барбара Шапиро отмечает: «Большинство английских, впрочем, как и континентальных, процессуалистов придерживалось классификации доказательств, истоки которой можно найти у риториков, таких как Цицерон и Квинтилиан. Классификация, хорошо развитая и обработанная в рамках традиции общегражданского права, делила доказательства на прямые и не прямые; прямыми обычно считались письменные доказательства, вещи и показания свидетелей. Непрямые доказательства, называемые также косвенными доказательствами, были двух типов: 1) решающие (убедительные), то есть те, где связь между главным фактом (*factum probandum*) и доказательственными фактами (*factum probans*) является необходимым следствием природы и 2) презумптивные – там, где связь является более или менее проблематичной (вероятной)»².

Итак, *вторым источником* концепции «вне разумных сомнений» стало учение о косвенных доказательствах и презумпциях, выработанное в недрах инквизиционной системы формальных доказательств. Важно отметить в связи с этим два обстоятельства. Первое – в этой системе возобновилась прервавшаяся во времена раннего средневековья риторическая традиция, представленная Аристотелем, Цицероном и Квинтилианом. Второе –

¹ Разработанные в античности риторические фигуры оказали значительное влияние на авторов, занимавшихся с конца XVI до начала XVIII века разработкой теории презумпции и фикции. Юристы старались определить различные виды вероятности. Для этого они использовали обстоятельства, связанные с личностью человека, времени, места и следов, связывая их таким образом, чтобы происходило образование разумной или предположительной структуры правдоподобия. Таким образом, юридическое правдоподобие было «вероятностью», но не «истиной».

² Shapiro B.J. «Beyond Reasonable Doubt» and «Probable Cause». – P. 8.

к ней примешалась изрядная доля богословских постулатов и стандартов, применяемых церковными судами.

Юристы романо-канонической школы создали сложную систему, которая содержала рациональные средства доказывания, техники допроса свидетелей, методы открытия и проверки фактов, а также правила по недопущению ненадежных и не относящихся к делу доказательств. «Совершенными доказательствами» в данной системе были: 1) признание обвиняемого, 2) согласные показания двух неподверженных сомнению свидетелей. Эти доказательства использовались по делам о серьезных уголовных преступлениях. Косвенное доказательство признавалось несовершенным и не образовывало легального доказательства. То же касалось и показаний одного свидетеля, даже если они подтвержались другим доказательством. Однако полное или совершенное доказательство в серьезных уголовных делах не всегда было достижимо. Двое хороших свидетелей не всегда согласованно давали показания относительно совершенного преступления, и признание часто не получалось. Поэтому в романо-каноническом процессе широко использовалась пытка как средство достижения признания. Категория косвенных улик первоначально разрабатывалась как элемент техники доказывания через пытку. Косвенные улики или *indicia*, будучи достаточными по качеству и количеству, могли дать основание судье для применения пытки к обвиняемому с целью получения признания¹.

Теория *indicia* (косвенных улик) была получена из риторических «признаков», указывающих, к примеру, на время, место, силу, способность кого-либо совершить действие. В качестве непрямых доказательств могли выступать слухи, предположение, репутация, подозрение, знаки. Понятие «*indicia*» (косвенное доказательство) было тесно связано с хорошо развитой романо-канонической доктриной презумпций. Делились презумпции на (1) презумпции

¹ Разработку учения о косвенных уликах можно рассмотреть как стремление законодателя установить объективные пределы дискреционному усмотрению судей и придать законную форму официальному насилию; она имела своим последствием классификацию людей, к которым пытка могла быть применена.

temeraria, то есть легкие, вероятностные, выводимые из подозрения и репутации, и (2) презумпции виновности (*violenta*). *Violenta* презумпция достигала такой степени вероятности, которая разрешала судье признавать виновным подсудимого.

В отличие от сферы применения легального доказательства, в сфере применения косвенных доказательств и презумпций субъективное убеждение судьи играло существенную роль. Профессионализация суда способствовала развитию софистского и комплексного подхода к доказательственному материалу и доказыванию. Существовала изоцированная система расследования (с использованием *indicia* и презумпций) особо сложных случаев. Таковыми были специальные категории секретных и трудных для доказывания преступлений (*crimen exceptum*), которые позволяли доказывание с помощью бесспорных *indicia* или презумпции виновности (*violenta*)¹; другая конструкция такого рода называлась *roena extraordinaria* (оставление в подозрении), она также усиливала роль косвенного доказательства и делала возможным осуждение на основании неполного юридического доказательства².

Таким образом, романо-каноническая система имела две подсистемы доказательств. Первичная подсистема требовала для установления виновности совершенного (полного) судебного доказательства, то есть двух свидетелей или признания подсудимого. Вторичная подсистема, воплотившаяся в делах *roena extraordinaria* и *crimen exceptum*, не ставила судебную истину в зависимость от данных, которые составляли бы полное доказательство, но решительно перешла на использование косвенных доказательств.

¹ В *crimen exceptum* косвенные доказательства позволяли судье назначать осужденному любую меру наказания.

² Первым исключением из доказывания путем совершенных доказательств было «notorious crime» (очевидное преступление), то есть преступления настолько наглядного, что оно известно всем. Ввиду этого было возможным признавать обвиняемого виновным за такое преступление на основании *indicia indubitata*, условие, когда такое было возможно, возникало тогда, когда *indicia* были настолько сильны, что они заставляли судью поверить им. Однако даже если «несомненная *indicia*» была в наличии, наказание в *roena extraordinaria* могло быть только в виде штрафа, телесного наказания или тюремного заключения, но не смертной казни.

В рамках этой же второй модели развились техники доказывания оснований по преданию обвиняемых суду. Ключевой в них была концепция подозрительной репутации человека. Общая репутация (скажем, колдуна) была достаточным основанием для того, чтобы возвести подозрение или инициировать уголовный процесс, но одной ее было недостаточно для осуждения и даже для применения пытки. В *proena extraordinaria* «хорошее косвенное доказательство» могло привести к признанию обвиняемого виновным. Судья оценивал это доказательство свободно, основываясь на своем разуме и совести. Таким образом, была допущена свободная оценка судьей фактов по некоторым делам.

На протяжении всего средневековья специалисты по каноническому и общегражданскому праву развивали иерархическую систему полных и частичных доказательств, предназначенную для того, чтобы вместить в себя элементы как несомненного факта, так и вероятности. Многие концепты романо-канонического инквизиционного процесса: «общая репутация», презумпция, косвенное доказательство, «основание для подозрения», «исключительные преступления», так или иначе позволяли предполагать виновность обвиняемого на основании вероятного знания. Более того, можно утверждать, что их систематизация доказательств — от самых несовершенных до совершенных — строилась по степеням вероятности, достигаемой с их помощью.

Романо-каноническая концепция формальных доказательств стала основой для английской доктрины косвенных доказательств и презумпций факта¹. Английские юристы развили и

¹ Подобно своим континентальным коллегам многие поколения английских юристов рассматривали косвенные доказательства в качестве низших доказательств по сравнению со свидетелями-очевидцами и иногда допускали, чтобы они применялись только по исключительным или секретным преступлениям. Спустя значительное время и очень постепенно англичане пришли к необходимости подвергнуть сомнению превосходство прямых свидетельских показаний над косвенными доказательствами и дебатировали относительную ценность каждого из них от высшей степени определенности или до скорее вероятности. Со временем косвенные доказательства приобрели такой же статус, как прямые доказательства в достижении решений вне разумных сомнений.

приспособили эти концепты к нуждам своей правовой системы. «Предположение, проистекающее из несомненного факта, который подкрепляется другим несомненным фактом, считается истиной»¹.

Презумпции факта – это выводы, которые следуют из косвенных доказательств. Если факт не может быть доказан с несомненностью, тогда то, «что достигает ближайшим образом Доказательства, является Доказательством Обстоятельств, которые необходимо и обычно сопровождают такие Факты, и поэтому называется Презумпциями, но не Доказательствами. Презумпции ставятся вместо Доказательств Факта, пока противное не будет доказано»². Англичанами выделялись презумпции *juris et de jure*, которые не допускали опровержений; презумпции *juris*, которые установлены правовым авторитетом, но были открыты опровержению, и общие презумпции, которые принимались как «простые выводы».

Презумпции отличаются от доказательств тем, что последние «удостоверяют вещь прямо и непосредственно собой», в то время как презумпции «удостоверяют вещь посредством заключения, выводимого из другой вещи». «Эти заключения основаны на том, что обычно и в основном имеет место. Презумпции *juris et de jure* исключали все доказательства, им противоречащие, и обладали превосходством над документальными доказательствами, словесными доказательствами и признанием, потому что они не могли быть опровергнуты противодоказательствами»³. Правовые презумпции установлены законом и аргументами, взятыми из права или правового авторитета, и к ним надлежит иметь «такое же доверие, как доказательствам». Другие презумпции часто называемые «простыми», стоят отдельно и не формируют никаких доказательств. Они служат только для того, чтобы «закреплять и дополнять доказательства, которые также представлены». Ино-

¹ *Shapiro B.J.* «Beyond Reasonable Doubt» and «Probable Cause». – P. 221.

² *Ibid.* – P. 222.

³ *Ibid.* – P. 222.

гда, однако, «сочетание нескольких презумпций в единстве может быть приравнено к доказательству»¹.

В XVI–XVII веках гуманистическая критика разрушила основные положения схоластики, в том числе и в юриспруденции. В это время большой группой богословов и натуралистов была предпринята попытка построить промежуточный уровень знания, не достигающий абсолютной точности, но и превосходящий уровень простого мнения².

Для протестантских теологов, которые отрицали утверждения католиков о существовании непогрешимости, центральный вопрос заключался в том, выдержат ли религиозные истины, такие как существование бога, библейские сказания, различные доктрины и практики церкви, атаку скептицизма; ведь они оказались открытыми для критики, лишившись основанного на вере статуса абсолютной истины, стали утверждениями, требовавшими доказательств.

Для натуралистов центральной проблемой было то, как делать правильные утверждения относительно естественного феномена, который мог быть наблюдаем, но не мог быть сведен к тому или иному роду логической, математической демонстрации, которые традиционно было принято считать бесспорными истинами. Ученые-эмпирики нуждались в том, чтобы удовлетворительно объяснить природу тех выводов, которые они получают через посредство наблюдения фактов природы и проведения экспериментов.

¹ Shapiro B.J. «Beyond Reasonable Doubt» and «Probable Cause». – P. 223.

² Философы Декарт и Бэкон пытались выйти за пределы скептической критики и недостатков схоластики путем нового обоснования знания на определенных, но не схоластических основаниях. Однако доминирующее философское и научное сообщество в Англии не было ни картезианским, ни бэконистским, поскольку не разделяло утверждения о том, что эмпирически полученные факты должны давать абсолютно точное знание. Оно пыталось проверить естественные феномены опытом, непосредственным наблюдением и доказательствами и верило, что эти техники, основывающиеся на количестве и качестве полученных доказательств, могут приводить к выводам, способным служить в качестве основания для управления делами человека.

Обе группы мыслителей пришли к заключению, что разумные люди, использующие свои чувства и рациональные способности, могут устанавливать истины, относительно которых у них не будет причин сомневаться. При всех терминологических различиях и натуралисты, и теологи проводили различие между, с одной стороны, «точным знанием» или «наукой» и «возможностью», с другой. Именно тогда стали обсуждаться три субкатегории знания, каждая из которых обладала разного рода точностью: физическая выводилась непосредственно из чувственных данных; математическая основывалась на формальной логике; моральная связывалась со способностью человека по совести оценивать моральные поступки. Так, появилась новая составляющая в европейской теории доказательств, которая объясняла природу судебной истины.

В Англии существовала еще одно важное условие, катализировавшее формирование концепции «вне разумных сомнений», ставшей классическим выражением учения о вероятности судебной истины. Дело в том, что со второй половины XVI века английский суд присяжных переживал кризис. Кризис был вызван тем, что из *свидетелей* присяжные превратились в *судей факта*¹.

Неопределенность возникала в первую очередь в отношении того, как присяжным оценивать свидетельские показания. Еще большую трудность составляла оценка косвенных доказательств. Теоретикам-правоведам важно было объяснить то, как косвенные доказательства позволят присяжным, которые сами не являлись очевидцами преступлений, устанавливать факты. В принципах

¹ Древнее жюри приносило в суд личное знание фактов, относящихся к преступлению. Доверие англичан к присяжным как добрым людям, бывшим свидетелями преступления или, по крайней мере, образа жизни подсудимого, основывалось на длительной традиции применения именно такого жюри. Это доверие, близкое к вере в их способность устанавливать факты благодаря чудесному озарению (божественной искре), сохранилось и после того, как институт присяжных претерпел коренное изменение – из свидетелей факта они превратились в судей факта.

альном плане дело обстояло так: *жюри заменило абсолютного открывателя факта – Бога*¹.

Когда стало очевидным, что суду присяжных нужен стандарт для критической оценки свидетельских показаний, юристы-теоретики стали адаптировать подходящие религиозные и философские идеи к деятельности по обращению в суде с фактическими материалами. В начале XVII века забота об оценке доказательств выразилась в концепте «*satisfied conscience*» или «*satisfied belief*»; формулы, которые отсылали одновременно к свидетельствам совести (согласно казуистическим традициям), также к моральным и религиозным обязательствам присяжных, отвечающих под присягой. Будучи в продолжение XVII и XVIII веков заключенными в старые формулы понятий вероятности, уровней уверенности и моральной достоверности, они оформились в конце XVIII века как светский *моральный стандарт* «вне разумного сомнения». Несмотря на многие изменения в терминологии мы можем проследить через века, что цель всех концепций оставалась в сущности той же – дать удовлетворительное объяснение того, как делается истина в суде и каковы объективные стандарты ее достоверности. Первейшими стандартами были «*satisfied belief*» и «*satisfied understanding*». Они достигались «*satisfied mind*» («убежденным разумом») или *satisfied understanding* («отвечающим требованиям пониманием»), или чем-то, близко

¹ Две идеи, связанные с судом присяжных, были в равной степени главными. Первая идея состояла в том, что существуют две сферы человеческого знания. В одной возможно достижение абсолютной точности математической демонстрации. В другой, которая представляет собой эмпирическую область опыта, абсолютная точность подобного рода невозможна. Вторая идея состоит в том, что в этой сфере событий, именно из-за того, что абсолютная точность невозможна, мы не должны рассматривать все как просто вопрос мнения. Напротив, в этой сфере есть уровни точности. И мы достигаем наивысших уровней точности тогда, когда качество и количество доказательств, доступных нам, возрастает. Высший уровень точности в этой эмпирической сфере, в которой нет абсолютной точности, возможен в том, что зовется «моральной точностью», то есть точность, в которой нет причин сомневаться.

См.: *Shapiro B.J.* «Beyond Reasonable Doubt» and «Probable Cause». – P. 250.

соответствующим им. Постепенно эти выражения были заменены в юридическом обиходе терминами «моральная достоверность» и «вне разумного сомнения»¹.

Таким образом, используя юридические категории о презумпции факта, богословскую и научную аргументацию, образованная часть английского общества убедила остальных людей в том, что жюри, лишенное личного знания фактов, тем не менее, сохраняет божественную искру в виде способности устанавливать факты².

Завершенный вид теория «вне разумных сомнений» получила в работах У.М. Беста. «Моральная достоверность, – писал он, – такая, которая убеждает разум судей, как разумных людей, вне всякого разумного сомнения»³. Ссылаясь на Д. Локка, Бест пишет, что во всех важных жизненных делах и во всех «моральных и большинстве физических наук мы должны полагаться почти исключительно на предположительные доводы»⁴.

Известный английский специалист Старки высказывался о степенях судебной достоверности таким образом: «Доказательства, удовлетворяющие присяжных в такой мере, что исключают всякое разумное сомнение, составляют полное доказательство; абсолютная математическая или метафизическая достоверность не требуется, да и обыкновенно была бы недостижима в судебных исследованиях. Даже наиболее непосредственное доказательство (the most direct evidence) не может давать больше, чем высокую степень вероятности, возвышающуюся до нравственной достоверности (moral certainty)»⁵.

¹ См.: *Shapiro B.J.* «Beyond Reasonable Doubt» and «Probable Cause». – P. 40–41.

² Знаковый характер имело появившееся в начале XVII века эссе, которое приписывалось Сэру Бэкону, в нем разъяснялось, что английское право разрешает «получение свидетельских показаний и проверку их, но также оценку свидетельских показаний полностью на совесть судей и их понимание, то есть их частное знание («private knowledge»).

См.: *Shapiro B.J.* «Beyond Reasonable Doubt» and «Probable Cause». – P. 120.

³ *Best W.M.* The principles of the law of evidence with elementary rules for conducting the examination and cross-examination of witness. – P. 8.

⁴ *Ibid.* – P. 142.

⁵ Цит. по: *Владимиров Л.Е.* Учение об уголовных доказательствах. – С. 75.

Английскими судьями разумное сомнение определялось таким образом. «Разумное сомнение в виновности подсудимого есть такое состояние, когда по обсуждении и сравнении всех доказательств присяжные не чувствуют, чтобы они имели прочное убеждение, восходящее до нравственной достоверности, в том, что обвинение верно»¹. «То, что есть только возможность, предположение или догадка, не есть разумное сомнение. Сомнение, которое должно удерживать присяжных от осуждения, есть то, которое вытекает на известных основаниях из доказательств, рассмотренных присяжными»². Вместе с тем, суд признал, что давать определения термина «разумное сомнение» не следует. «Все подобные определения, в лучшем случае небезопасны, слишком смелы, гораздо более запутывают и сбивают присяжных, чем помогают им»³.

Комментируя понятие «разумное сомнение» и его отличие от неразумного, английский автор Кенни писал: «Речь идет не о сомнениях, испытываемых колеблющимся разумом, которому недостает моральной смелости, чтобы принять решение по трудному и сложному вопросу, и который поэтому ищет убежище в праздном скептицизме». «Чтобы обосновать оправдание, сомнение не должно быть легковесным или изменчивым, таким, которое подсказано робостью или страстью и которое человеческая слабость или порочность охотно воспринимают. Это должно быть такое сомнение, которое по здравом рассмотрении всех доказательств разумное понимание подскажет благородному сердцу; это должно быть внушенное совестью колебание мнений, но не продиктованных партийными соображениями, свободных от предубеждения и не внушенных страхом»⁴.

Американский процессуалист Сейф, исследовав практику американских судов по вопросу о понимании разумного сомнения, пришел к выводу, что разумное сомнение – не каприз, не

¹ Цит. по: *Владимиров Л.Е.* Учение об уголовных доказательствах. – С. 109.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Цит. по: *Строгович М.С.* Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. – С. 128–129.

догадка, не предлог для того, чтобы избежать такой неприятной вещи, как вынесение обвинительного вердикта, не общее «теоретическое» соображение, что человек может быть невиновен. Разумное сомнение – это такое сомнение, которое остается у разумного человека после тщательного рассмотрения всех доказательств¹.

Р. Уолкер говорит как о «свято почитаемом» положении, согласно которому убеждение судьи должно быть свободным от «разумных, практических сомнений», не омраченным такими сомнениями².

Характеризуя современное положение дел в американской правовой системе, У. Бернам пишет: «В уголовном деле критерием доказанности считается доказанность вины «вне всякого разумного сомнения» [proff beyond a reasonable doubt]. Таким образом, присяжных наставляют, что они могут признать обвиняемого виновным, только если они установят вне всякого разумного сомнения, что обвиняемый совершил вменяемое ему преступление. И они должны оправдать обвиняемого, если у них есть какое-либо разумное сомнение в вине обвиняемого»³. У. Бернам отмечает, что некоторые специалисты полагают, что если критерии доказанности выражать в процентном отношении, то по уголовным делам для вынесения обвинительного приговора необходимо доказать 95% вины, а по гражданским делам для удовлетворения иска – 51% обоснованности исковых требований. Для удовлетворения иска на основании «ясных и убедительных доказательств» необходимо доказать примерно 75–85% обоснованности исковых требований⁴.

Типичное напутствие присяжным, объясняющее понятие разумного сомнения, гласит: «Разумное сомнение означает сомнение, имеющее под собой причину и здравый смысл, который про-

¹ Цит. по: *Строгович М.С.* Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. – С. 129.

² См.: *Уолкер Р.* Английская судебная система. – М., 1980. – С. 571.

³ *Бернам У.* Правовая система США. – М., 2006. – Вып. 3. – С. 201.

⁴ См. там же.

истекает из справедливого и разумного рассмотрения всех доказательств по делу или из отсутствия доказательств по делу. Это сомнение не является смутным, гипотетическим или воображаемым, а точно таким, которое заставило бы разумного человека колебаться предпринять действия в вопросах, имеющих серьезное значение для него самого»¹.

Приведем еще один пример определения этого понятия: «Разумное сомнение – это сомнение, которое основано на разуме и здравом смысле и может возникнуть в результате тщательного и беспристрастного рассмотрения всех доказательств либо в результате недостаточности доказательств. Доказанность вины вне разумного сомнения – это доказанность, которая оставляет вас в твердом убеждении, что обвиняемый виновен»².

Наверное, лучшему пониманию понятия «разумное сомнение» способствовало бы воспитание человека в определенной культурной традиции. Очевидно, что англичанину или американцу в этом отношении проще. Но, полагаем, что и в России с усвоением того, что судебная истина может быть только вероятным знанием, термин «отсутствие разумных сомнений» перестанет быть совсем уж загадочным.

Итак, классическое европейское культурное наследие в виде сплава риторики, христианской гомелитики, науки философии помогли англичанам в понимании того, что способ познания жюри присяжных является не чем иным, как разновидностью более широкого метода, которым все люди могут пользоваться для узнавания фактов. То, что английская натурфилософия была эмпирической по своей природе и была основана на понятиях вероятности и степеней точности, помогло адаптировать религиозный, философский, натуральной философии и юридический языки, и все они в той или иной мере оказывали воздействие друг на друга. И хотя в последующем неоднократно предпринимались попытки вывести доктрину доказательственного права из ее веро-

¹ Бернам У. Правовая система США. – С. 201.

² Правоохранительная деятельность в США. – М., 1998. – С. 296.

ятностной ориентации и связывать правовое знание с «научным знанием», судебную истину с абсолютной точностью¹, тем не менее, со времен Локка традиция трактовать вопросы факта в свете категории «вероятности» играла главную роль. Англичане оказались способны развить выводы романо-канонических юристов в убедительную теорию том, что то, что делают их жюри, является универсальной практикой цивилизованных людей и наилучшим методом для установления фактов. Англо-американская концепция «вне разумных сомнений» развилась в системе западных правовых традиций. Она не только сама испытывала влияние со стороны континентальной романо-канонической доктрины формальных доказательств, но и в свою очередь оказала обратное влияние на нее. Так, французы, введя у себя суд присяжных по уголовным делам, переняли значительную часть концептов теории доказательств и развили концепцию «внутреннего убеждения» («*intim conviction*»), которая родственна с доказыванием по стандарту «вне разумного сомнения»². Как известно, из Франции данная концепция уже перешла к нам с Уставом уголовного судопроизводства 1864 года. Полагаем, что теперь, с повсеместным введением у нас суда присяжных эта концепция вполне может претендовать на то, чтобы стать основой отечественной теории доказательств. Хотя принятие ее, конечно, требует учета специфики православной традиции, русской культуры, наследия отечественной уголовно-процессуальной науки.

Таковы, на наш взгляд, исторические корни концепции «отсутствие неустрашимых сомнений». Проявления этой концепции ощутимы и в нашей теории доказательств.

В досоветской литературе в более или менее развернутом виде затрагивал данную проблему Л.Е. Владимиров. Ссылаясь на мнение английских авторов о разумных сомнениях как критерии судебной достоверности, он писал, что для уголовного приговора

¹ Что произошло у нас в советский период. Полагаем, во многом благодаря влиянию криминалистики, базирующейся на точных науках, на общей теории доказательств.

² *Shapiro B.J.* «Beyond Reasonable Doubt» and «Probable Cause». – P. 246–247.

необходимо «убеждение». Полное убеждение имеется тогда, когда в душе нашей сложится сильный мотив, подвигающий нас принять определенное решение по крайнему разумению. Убеждение это не есть личное мнение, а убеждение значительного числа лиц¹. При этом он отмечал, что присущая уголовно-судебной достоверности доля субъективности не исчезает вполне. Убеждение – это «соглашение, а не одновременно снятый фотографический снимок с предмета»². И «от более глубокого исследования вероятностей приговор не превращается в совершенно объективную истину»³.

Аналогичных взглядов на природу судебной достоверности, как уже было нами показано, придерживались и многие другие представители досоветской науки уголовного процесса. По мнению В.К. Случевского, внутреннее убеждение «должно быть продуктом критического отношения судьи как к наблюдаемым им фактам, так и к тому психологическому процессу, при помощи которого он их воспринял и оценил»⁴.

В советской теории при определении стандарта объективной истины сразу были взяты повышенные обязательства. А.Я. Вышинский писал: «Что не доказано с несомненностью не может быть положено в основу обвинения»⁵. Термин «разумные сомнения» без замен на «всякие сомнения». Любая тень вероятности, сомнительности была изгнана (в теории, конечно) из ничем не омрачаемого внутреннего убеждения советского судьи.

М.С. Строгович считал, что из принципа презумпции невиновности вытекает то, что всякое сомнение толкуется в пользу обвиняемого⁶. Правило «всякое сомнение толкуется в пользу обвиняемого» и правило о бремени доказывания в уголовном про-

¹ См.: *Владимиров Л.Е.* Учение об уголовных доказательствах. – С. 75, 76.

² Там же. – С. 78.

³ Там же.

⁴ *Случевский В.К.* Учебник русского уголовного процесса. – С. 379.

⁵ *Вышинский А.Я.* Теория судебных доказательств в советском праве. – С. 169.

⁶ См.: *Строгович М.С.* Уголовный процесс: Учебник для юридических школ. – С. 57.

цессе, по мнению М.С. Строговича, «представляют единое целое процессуальное начало, неразрывно связанное с принципом материальной истины»¹.

М.С. Строгович полностью отверг положение о «разумном сомнении», аргументируя это тем, что оно якобы имеет совершенно определенный практический смысл и направлено против обвиняемых, облегчая суду возможность признания их виновными. По его словам, «то положение предназначено для того, чтобы ограничить возможность вынесения присяжными заседателями оправдательных вердиктов ввиду сомнений в виновности обвиняемых. Можно сомневаться в виновности обвиняемого и все же осудить его, если сомнения не является «разумным сомнением», хотя ни один буржуазный автор не смог сколько-либо членораздельно определить, что такое «разумное сомнение» и какое сомнение является неразумным»².

Концепция объективной истины, которую создала советская доктрина процессуального права, конечно, была более успешной в том, что касается создания гарантий прав личности. Думаем, что нет нужды доказывать, что мутная и неопределенная доктрина «разумных сомнений» оказалась гораздо более надежной гарантией установления истины по делу в условиях состязательного судопроизводства. Согласимся, что невозможно говорить о принципе презумпции невиновности в следственной форме советского уголовного процесса³, целью которого было отыскание безусловной объективной истины⁴. Неприемлемый подход, обусловленный абсолютивистским подходом к трактовке объективной истины. «Сомнения не только возможны – они неизбежны, необходимы. Путь познания в любом, более или менее сложном

¹ Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. – С. 274.

² Там же. – С. 130.

³ См.: Первые позитивные результаты действия УПК РФ // Российская юстиция. – 2002. – № 11. – С. 13.

⁴ См. об этом: Мизулина Е.Б. Независимость суда еще не гарантия правосудия // Советское государство и право. – 1992. – № 4. – С. 54.

деле представляет собой выяснение и преодоление сомнений. Деятельное сомнение стимулирует тщательную проверку собранных и поиск новых доказательств, способствует, в конце концов, отысканию истины»¹.

Ввиду сказанного, наверное, следует включить в российскую теорию доказательств в качестве одной из концептуальных основ понятие «разумные сомнения». Именно в отсутствии разумных сомнений и должна быть доказана истина в уголовном процессе. Со своей стороны попытаемся внести свой скромный вклад в общее дело обновления отечественной теории доказательств путем определения данного понятия.

Понятие «разумных», «практических» сомнений в отличие от «теоретических», разумеется, страдает некоторой неопределенностью. Но что делать, такова жизнь. Более надежного способа определения истины человечество пока не нашло. Если в результате тщательного, всестороннего исследования всех доступных доказательств не преодолены возникшие по делу сомнения, если не сложилось твердое убеждение в виновности обвиняемого, то в силу презумпции невиновности обвинение должно быть отвергнуто: дело прекращено или постановлен оправдательный приговор².

Важно у нас выработать формулу, определяющую понятие «неустрашимые сомнения». Она может быть включена, например, в статью 5 или в статью 14 УПК РФ. Другой вариант – разъяснение в постановлении Пленума Верховного Суда. Это было бы знаковым решением, показывающим торжество состязательного идеологии, осознание сопричастности нашего права к единому европейскому правовому пространству. Мы предлагаем такое определение: «Разумные сомнения – это не опровергнутые обвинением предположения защиты о невиновности подсудимого в совершении инкриминируемого ему преступления. Это такие со-

¹ Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. – С. 156.

² См. там же. – С. 156, 157.

мнения, которые остаются у судьбы в виновности подсудимого после всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств дела, исключая все иные вероятные объяснения произошедшего. Разумные сомнения должны основываться на нормальном положении вещей и обычном ходе событий, доступных здравому смыслу судящих. Наличие разумных сомнений в правильности обвинения не позволяет любому непредвзятому, здравомыслящему человеку, рассуждающему по совести и доброму уму, признать подсудимого виновным».

Научное издание

Кухта Андрей Андреевич

ДОКАЗЫВАНИЕ ИСТИНЫ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Монография

В авторской редакции

Корректор *Н.Н. Кукушкина*
Компьютерная верстка *Г.А. Федуловой*
Дизайн обложки *К.А. Быкова*

Подписано в печать 03.2009. Формат 60x84/16. Гарнитура Таймс.
Усл.-печ. л. 33,1. Тираж 1000 экз. Заказ 2073.

Отпечатано в типографии «Вектор ТиС», Плр 060400 от 05.07.99
Н.Новгород, ул. Б.Панина, д. 3а,
тел. (831) 428-51-36, факс 428-51-37